INTERDISCIPLINARIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

FGB/PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS
Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Universidade Lusófona, Portugal)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ALESSANDRA BENTES T. VIVAS, RODRIGO CHAVES, ROSANGELA TREMEL,
SERGIO DE SOUZA SALLES

INTERDISCIPLINARIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Alessandra Bentes T. Vivas, Rodrigo Chaves, Rosangela Tremel, Sergio de Souza Salles (org.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

I611

Interdisciplinaridade das políticas públicas / Alessandra Bentes Vivas, Rodrigo Chaves, Rosangela Tremel e Sérgio de Souza Salles (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019..

850 p.

ISBN 978-65-81331-12-2

1. Políticas públicas. 2. Interdisciplinaridade. 3. Direito. I. Vivas, Alessandra Bentes (org.). II. Chaves, Rodrigo (org.). III. Tremel, Rosangela (org.). IV. Salles, Sérgio de Souza (org.).

CDD 320.6

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS – DESENVOLVIMENTO.....17

O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE COMUNIDADE DE ZYGMUNT BAUMAN 19
Virginia Junqueira Rugani Brandão

CONTRIBUIÇÃO DA ABORDAGEM BASEADA EM RECURSOS NO SETOR HOTELEIRO: CASO DE RIBEIRÃO CLARO E CARLÓPOLIS PARANÁ.....36
José Antonio Marcelino

POLÍTICAS PÚBLICAS, DESENVOLVIMENTO E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE E DA POBREZA NO BRASIL.....58
Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO SOCIAL DO PRÉ-SAL PARA O FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO.....72
Guilherme Marinho de Araújo Mendes

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: CIDADANIA E JUSTIÇA SOCIAL PARA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 92
Daniela Vieira de Melo

OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS NO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO COMO MEIO DE PROMOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....108
Caio César Alvares Loro Netto

ARTIGOS - DIREITOS FUNDAMENTAIS.....125

A CONSTITUCIONALIDADE DO ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439.....127
Elton Luiz Vidal Ferreira e Silva

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E ARRECADAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DOS IMÓVEIS URBANOS ABANDONADOS.....147
Eduardo Faria Fernandes

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO E CIBERTRANSPARÊNCIA NO BRASIL 163
Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira
Amanda Greff Escobar
Jacqueline Taís Menezes Paez Cury
Willde Pereira Sobral

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO E A CONTRIBUIÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU).....178
Fabrício Germano Alves
Kleber Soares de Oliveira Santos

A INCONSTITUCIONALIDADE NOTÓRIA DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 194
Alexandre Augusto Rocha Soares
Camila Cardoso Takano

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS NO BRASIL.....208
Thiago Gonçalves da Fonseca

ENTRE O INTERESSE INDIVIDUAL E O INTERESSE COLETIVO: O COMPARTILHAMENTO DE SOFTWARE NO CONTEXTO BRASILEIRO 222
Ícaro Melo dos Santos
Layanny Kelly Silveira Praxedes
Wagner Issa Gonçalves
Leonardo Resende Ortega

CONSTITUCIONALISMO VERSUS PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE NORMAS QUE DEFINEM POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....235
Jacqueline Taís Menezes Paez Cury
Ubirajara Coelho Neto

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA A COMPLETUDE DA CIDADANIA BRASILEIRA.....251
Danielle Marques Domingues Boyer

DIREITO À LIBERDADE: UMA CRÍTICA À MORAL E À RELIGIÃO COMO INSTRUMENTOS LIMITADORES DO EXERCÍCIO PLENO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS.....265
Matheus Iago de Sousa Rodrigues

A CRÍTICA MARXISTA AO LIMITE DOS DIREITOS NO CAPITALISMO: APROXIMAÇÕES ÀS CONTRIBUIÇÕES DE EVGENI PACHUKANIS.....278
Paulo Roberto Felix dos Santos

ENTRE IGUALDADE(S), (IN)CONSTITUCIONALIDADE, REPARAÇÃO HISTÓRICA, E OTRAS COSAS MÁS: O QUE A LITERATURA TEM A NOS DIZER SOBRE AS COTAS RACIAIS NO BRASIL. 295
Fernando Santos da Silva

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E OS EFEITOS JURÍDICOS DE SUA DESCONSTITUIÇÃO.....309
Oberdan Bastos de Souza
Cláudia de Moraes Martins Pereira

DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO FAMILIAR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL.....324
Renata Gabrielle Silva de Lima

A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS POR VAGAS EM CRECHE A PARTIR DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL.....340
Helena Gelsdorf Seckler
Lara Santos Zangerolame Taroco

POLÍTICAS PÚBLICAS FAVORÁVEIS AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.....357
Isabela Pfister Gonçalves

O EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NA MITIGAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA ESCASSEZ DE ÁGUA NO POLÍGONO DAS SECAS NO NORDESTE DO BRASIL E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS.....372
Everton Góes dos Santos

O CUSTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL.....388
Arthur Bezerra de Souza Junior
Ronaldo de Oliveira Jarnyk

ARTIGOS - DIREITOS HUMANOS.....401

A (IM)POSSIBILIDADE DO ENLUTAMENTO NO CASO DO SEQUESTRO AO ÔNIBUS NA PONTE RIO-NITERÓI.....403
Giulia Madeira Coutinho de Araújo

DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO E DA INTERCULTURALIDADE: POSSÍVEIS TENSÕES ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA 414
Adolfo Veiller Souza Henriques

POR UMA PEDAGOGIA DA LEI: AUTONOMIA, DEMOCRACIA E LIBERDADE.....429
Ivone Laurentino Dos Santos

A PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL E OS DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA PENA.....441
Páblina Beatriz Mendes Da Silva

DESAFIOS PARA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....461
Natasha Karenina de Sousa Rego
Lais Miranda Feitosa Rocha

PILARES JURÍDICOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS.....478
Ivan Santiago de França
Suenne Santos de Aguiar

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A INCLUSÃO DA CONCEPÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....490
Natasha Yasmie Castelo Branco Donadon

UNIDADE DE ACOLHIMENTO: VIOLÊNCIA E PRISÃO CAMUFLADA.....505
Crenilda Rocha dos Santos

A PUNIBILIDADE NOS SACRIFÍCIOS DE ANIMAIS EM RITUAIS RELIGIOSOS: ANÁLISE DE OPINIÃO POPULAR.....521
Loane Paola S. De O. Andrade
Sátina Priscila Marcondes Pimenta

DIREITOS HUMANOS, SENSO COMUM E HUMANIDADE: DIREITOS HUMANOS APENAS PARA BANDIDOS?.....540
Thiago Pereira da Silva
Maurício Zanotelli

DIREITOS HUMANOS E SUA APLICABILIDADE ÀS FORÇAS DE SEGURANÇA PÚBLICA À LUZ DO PL882/19 QUE ALTERA A LEGÍTIMA DEFESA NO CÓDIGO PENAL.....558
Ana Paula Dos Santos Gomes Pimenta da Silva
Gabriely Baptista Lehmann
Thiago Frederico Martins de Oliveira

A INEFICÁCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS NO BRASIL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO CÁRCERE.....568
Raphaela Abud Neves

ARTIGOS - DIREITOS SOCIAIS.....581

REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....583
Leonardo Leandro Figueiró

PRIMEIRA INFÂNCIA NO PROGRAMA CRIANÇA FELIZ.....596
Claudia Aparecida da Silva Pires
Lohany Dutra Amorim
Felipe Dutra Asensi

"INVASÕES" URBANAS E SANEAMENTO: BELÉM E SUAS "BAIXADAS".....608
Mozart Victor Ramos Silveira

ARTIGOS - TEMAS CONTEMPORÂNEOS.....627

O MARCO CIVIL DA INTERNET E A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE TERCEIRO.....629
Criciane de Araújo Freitas
Edna Maria Coan
Gisele de Carvalho Bergamasco

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DA SAMARCO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: UMA ANÁLISE DAS QUESTÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....647
Raniella Ferreira Leal
Ayrton Anjo Cordeiro
Ricardo Melhorato Grilo

CRIAÇÃO DE UMA UNIVERSIDADE ABERTA DA TERCEIRA IDADE: ENVELHECENDO NAS CIDADES".....663
Adriano Rosa da Silva
Carlos Henbrique Vasconcelos Ribeiro
Rodrigo Chaves

A LEI 12.403/2011 E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA NO BRASIL SOB A ÓTICA DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS.....674
José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Decildo Alves de Sousa
Almair Morais de Sá
Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

MANEJO DA AÇÃO POPULAR BRASILEIRA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: CASOS DELINEADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....690
José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Decildo Alves de Sousa
Almair Morais de Sá
Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

BARTHES, FOUCAULT E INDÚSTRIA DE BENS SIMBÓLICOS: REVISITANDO OS DISCURSOS TRADICIONAIS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO CAMPO LITERÁRIO.....706
Matheus Guimarães de Barros

CRISES DEMOCRÁTICAS: APONTAMENTOS E REFLEXÕES.....718
José Gutembergue de Sousa Rodrigues Júnior

A PRESENÇA DE GRUPOS RELIGIOSOS FUNDAMENTALISTAS NOS ESPAÇOS PÚBLICOS BRASILEIROS 731
Celso Gabatz

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: VALIDADE E LIMITES SUBJETIVOS.....748
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

RACISMO AMBIENTAL NO SEIO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: INVISIBILIDADE DE INDÍGENA.....764
Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto
Thaisa Carvalho Batista Franco de Moura

A INFLUÊNCIA DA PÓS-VERDADE E DA MODERNIDADE LÍQUIDA NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS.....774
Johnattan Martins Pinheiro
Denison Melo de Aguiar
Adriana Almeida Lima

A CELEUMA DO CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE SOBRE A NORMA JURÍDICA E "LACUNAS AXIOLÓGICAS".....791
Allex Jordan Oliveira Mendonça
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Larissa Campos Rubim
Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE REFERENDUM O PLEBISCITO INDEPENDENTISTA EM ORDENAMIENTOS IBEROAMERICANOS: UN BREVIO ESTUDIO COMPARADO DE LOS CASOS DE ESPAÑA Y BRASIL A LA LUZ DE SUS RESPECTIVOS MARCOS CONSTITUCIONALES 806
Vivian Rodrigues Madeira da Costa
Carolina Rodrigues Madeira da Costa

ENTRE O POSITIVISMO FORMALISTA E A DESJURIDIFICAÇÃO: EM BUSCA DE UM PARADIGMA RAZOÁVEL.....819
Kelvin Nascimento Garcia
Rafaela Gonçalves Alves

RESUMOS.....835

O USO DE NORMAS JURÍDICAS PARA LEGITIMAÇÃO DE ILEGALIDADES: O CASO PANAIR DO BRASIL.....837
Valéria Reis Gravino

O DECRETO N° 9.759/2019 E A REDUÇÃO DO ESPAÇO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO BRASIL.....843
Fabrício Manoel Oliveira

O PLANEJAMENTO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO MARCO DA LEI 13.848/19.....846
Bernardo de Farias Martins

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2019)**, que ocorreu entre os dias 30 e 31 de outubro de 2019 e contou com 39 áreas temáticas, 05 Grupos de Trabalho e mais de 200 artigos e resumos expandidos de 27 universidades e 14 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 05 livros do evento: Estado e Políticas Públicas, Interdisciplinaridade das Políticas Públicas, Políticas Públicas e suas Especificidades, Sociedade e Reivindicação de Direitos e Teoria e Empiria das Políticas Públicas.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEDuca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS – DESENVOLVIMENTO

O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE COMUNIDADE DE ZYGMUNT BAUMAN

Virginia Junqueira Rugani Brandão

INTRODUÇÃO

O tema do desenvolvimento das localidades tem se alastrado no meio acadêmico. O "pensar global e agir local", lema da Agenda 21 torna as localidades foco das transformações sociais. Fala-se em desenvolvimento sustentável e desenvolvimento integrado em diversas acepções, a partir do local.

Seria esse desenvolvimento, o desenvolvimento econômico? Afinal, a economia não cuida dos afazeres da vida cotidiana a partir das decisões das pessoas em como alocar os bens escassos? O desenvolvimento nacional é, portanto, econômico? E ainda, a localidade está apta a receber esse desenvolvimento transformador por meio das políticas públicas?

Em um contexto de caos, de pobreza, fome, desigualdades, guetos, degradação, poluição, excesso de lixo, falta de gentileza, forças mercadológicas entranhadas na sociedade, falar em qualidade de vida da coletividade parece uma necessidade e um grande desafio.

Diante dessa breve exposição, problematiza-se o significado de desenvolvimento econômico local, indagando sobre sua compatibilidade com a concepção de comunidade trazida pelo sociólogo Zygmunt Bauman.

A escolha desse autor se deu por ser ele um sociólogo contemporâneo, mundialmente conhecido por acadêmicos e não acadêmicos, com vasto estudo acerca das sociedades modernas.

A hipótese sustenta que o significado de desenvolvimento econômico tem sido, na prática, usurpado por um conceito totalizante puramente voltado para aumento das capacidades de produção de bens e serviços, o que não coaduna com as concepções construídas pela doutrina. O verdadeiro desenvolvimento econômico local engloba ações cooperadas e sustentáveis dos atores sociais em prol do bem comum, que não se confunde com maior disponibilização de recursos escassos, mas também a evolução dos campos sociais, culturais e cuidados ambientais.

No tocante à compatibilidade desses conceitos com a ideia de comunidade em Bauman, a hipótese é de que são incompatíveis, a partir do momento em que vivemos em uma sociedade líquida e essencialmente individualista. Dessa forma, a comunidade não estaria apta a ser esse ponto de luz transformador enquanto predominar o pensamento individualista e indiferente.

2 O QUE É DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL?

Estudar as diversas concepções de desenvolvimento econômico geraria, por si só, um trabalho à parte. No entanto, é possível notar que nesta sociedade pós-moderna, a ideia de desenvolvimento econômico está constantemente ligada a números e índices. Quanto maior o Produto Interno Bruto (PIB) de determinada sociedade ou quanto maior seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), tanto mais desenvolvida é a sua economia, e portanto, maior é o bem estar daquela população.

Este é o senso comum lastreado pela ciência econômica. Contudo já se encontram autores de diversas disciplinas tratando do assunto com uma visão que vai além daquela visão advinda da economia, impregnada desde a modernidade, e que busca números de produção como símbolo da eficiência econômica, tomando o agente transformador da realidade (o agente econômico) como ser racional e que toma suas decisões com base na obtenção da melhor vantagem para si.

Importa salientar que a garantia do desenvolvimento econômico nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

erigido constitucionalmente, no artigo 3º. E trata-se de uma mera questão de lógica a ponderação de que para garantir o todo nacional, necessário primeiro garantir o local.

E o que é o local? Pode ser entendido como diversos recortes territoriais como um bairro, uma região, um distrito, ou mesmo como a menor comunidade política oficialmente reconhecida pela Constituição brasileira, o município. "Não é uma questão de escala, mas de natureza, isto é, a localidade é o alvo sócio-territorial das ações" (KRONEMBERGER, 2011, p. 32).

2.1 Desenvolvimento como liberdade

Amartya Sen é um economista indiano, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1998, que estuda a forma como os valores dos indivíduos podem ser considerados na tomada de decisão coletiva e como o bem estar e a pobreza podem medidos.

Em sua obra "Sobre Ética e Economia", o autor demonstra que a ética e economia se distanciaram gravemente, gerando uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea (Sen, 1999, p. 9). Segundo ele, a teoria econômica dominante identifica racionalidade do comportamento humano com a maximização do auto-interesse. Porém, não há provas de que esse seja o comportamento humano real ou mesmo que esse tipo de comportamento desencadeie condições econômicas ótimas (Sen, 1999, p. 11).

O autor menciona existirem duas origens diferentes para a economia: a ética e a engenharia. Enquanto a primeira se motiva pela indagação de: como podemos viver?, não sendo a riqueza nosso fim último, mas apenas algo que nos é útil; a segunda se ocupa de questões logísticas ao invés de fins supremos, traçando meios objetivos para alcançar a riqueza (Sen, 1999).

Ocorre que a engenharia ganhou muito mais espaço e relevância na evolução da teoria econômica, se confundindo com a própria concepção de economia e subjugando a ética, motivo pelo qual se correlaciona desenvolvimento com riqueza, decisões de bem estar com maiores vantagens e auto-interesse.

Sen (1999) avalia, portanto, que o fato de operações vantajosas serem comuns não significa que são suficientes para uma boa sociedade. O

objetivo da economia seria entender o comportamento humano real de modo que as relações econômicas possam ser estudadas de forma proveitosa e usadas as políticas públicas. As considerações éticas podem conduzir à maximização de outros objetivos que não confundem bem estar com riqueza, ou quantidade de bens e serviços produzidos ou consumidos.

Essa ideia fica mais clara em outra obra do autor, "Desenvolvimento como Liberdade", pois há uma dissociação do desenvolvimento enquanto PIB, rendas, industrialização e avanço tecnológico e, por outro lado, sua associação com as liberdades substantivas que os indivíduos de dada comunidade desfrutam (Sen, 2010).

Para o autor o crescimento econômico não pode ser considerando um fim em si mesmo, de forma que o desenvolvimento tenha correlação com a melhora de vida dos indivíduos a partir do fortalecimento de suas liberdades. Assim, a expansão das liberdades é, ao mesmo tempo, o meio e o fim do desenvolvimento econômico. A vida boa é aquela sem privações das liberdades (Sen, 2010).

Não há que se falar, portanto, em um critério único e exato do desenvolvimento dada as variáveis das liberdades substantivas – políticas, econômicas, sociais, com proteção da segurança e garantia de transparência (Sen, 2010, p. 51).

As liberdades substantivas se relacionam primordialmente com a questão de alteridade, ou seja, quem o indivíduo quer ser e a possibilidade de concretizar isso. Para tanto, ele deve ter ao seu alcance a maior gama de opções possíveis, para que possa escolher qual tradição seguir, se vai comer ou passar fome, estudar, trabalhar ou dormir, votar ou ser votado, a fim de influir no direcionamento político de sua sociedade (Sen, 2010, p. 50).

O ambiente de democracia participativa oferece a oportunidade para o desenvolvimento, contudo, o remédio não é automático. A oportunidade deve ser aproveitada positivamente para surtir resultados (Sen, 2010, p. 204). O autor ainda completa que em um contexto de diversidade cultural, os direitos humanos devem eliminar as propensões ao universalismo e autoritarismo em prol da participação necessária ao desenvolvimento (Sen, 2010, p. 315-317).

Para o autor, a questão da escassez não se restringe, portanto, a números de bens e serviços, mas a variedade de opções para que o individuo

tenha o máximo de liberdade possível para tomar uma decisão compatível com resultados que ele mesmo valorize (Sen, 2010, p. 370).

Amartya Sen ressalta ainda que essa ideia do desenvolvimento como liberdade é interdependente da concepção de responsabilidade. Ele reforça serem caminhos de mão dupla, vez que sem a liberdade substantiva e a capacidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-la. Mas ter a liberdade e a capacidade impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, o que envolve responsabilidade. A responsabilidade requer, portanto, liberdade (Sen, 2010, p. 361).

Nesse aspecto, cada vez mais a responsabilidade com base no senso de justiça é o fator que motiva a escolha do agente ao invés do autointeresse (Sen, 2010, p. 333).

2.2 O desenvolvimento local sustentável

Segundo Denise Kronemberger (2011, p. 30), existe um movimento mundial relativamente recente denominado de globalização do local ou localismo, referindo-se à troca e interação entre localidades e entre localidades e multinacionais ou governos federais.

Nesse contexto, o desenvolvimento local assume importância, significando uma nova estratégia de desenvolvimento, no qual a comunidade assume novo papel:

> de comunidade demandante, ela emerge como agente, protagonista, empreendedora, com autonomia e independência. Essa estratégia tem como principal objetivo a melhoria da qualidade de vida de associados, familiares e da comunidade, maior participação nas estruturas de poder, ação política com autonomia e independência, contribuindo assim para o real exercício da democracia e para a utilização racional do meio ambiente, visando o bem estar da geração presente e futura (ALCOFORADO apud KRONEMBERGER, 2011, p. 30).

> Também o Ministério do Desenvolvimento Social conceituou desenvolvimento local como produto do conhecimento e aproveitamento de novas potencialidades e oportunidades, aproximando-se da concepção de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen (MDS apud KRONEMBERGER, 2011, p. 31).

"Trata-se de um processo endógeno de mudanças, conduzido pelos atores locais, aproveitando as potencialidades do fazer acontecer" (KRONEMBERGER, 2011, p. 33).

Via de regra, a sustentabilidade é atrelada à preservação do meio ambiente. A urbanista Betânia Alfonsin (2001, p. 245), no entanto, vai além desse aspecto ao tratar a sustentabilidade em uma perspectiva pluridimensional, a saber: sustentabilidade ambiental e espacial; sustentabilidade temporal; sustentabilidade social; sustentabilidade econômica.

O primeiro aspecto, segundo a autora, diz respeito à preservação ambiental mediante um processo de urbanização menos predatório em relação aos recursos naturais, envolvendo aspectos de infraestrutura e programas de educação ambiental. O raio de impacto e de reflexos positivos no ecossistema urbano é sentido em toda a cidade. O segundo aspecto, temporal, significa beneficiar não apenas a geração presente, mas também as gerações futuras que, naturalmente, virão habitar às cidades. Busca-se, com isso, ter um horizonte em que não seja suficiente solucionar um problema hoje e ter um efeito apenas imediato. Deseja-se que a solução seja a longo prazo e, por isso, sustentável.

O aspecto social da sustentabilidade implica assegurar a inclusão de todos os grupos da sociedade ao acesso à moradia, ao solo urbano, ao direito ao trabalho e ao lazer, em verdadeiro combate à segregação. Trata-se de componente ético e de respeito aos direitos humanos, sociais e urbanos do conjunto da população necessários à projeção da cidade sustentável de amanhã. Finalmente, a autora volta a sustentabilidade econômica para os custos das políticas públicas que podem ser subsidiados pelo modelo tripartite, ultrapassada a ideia de que deve ser totalmente bancada pelo Estado. Nesse sentido, é legítimo buscar recursos na iniciativa privada e também dos próprios cidadãos visando a autosustentabilidade das várias regiões.

A Nova Carta de Atenas, cunhada em 1998 e revisada em 2003 pelo Conselho Europeu de Urbanistas, concentra-se nos habitantes, abordando dez funções para as cidades (referem-se às cidades europeias, mas com a pretensão de serem aplicadas em qualquer cidade do mundo). Os novos conceitos são os seguintes: uma cidade para todos, que deve buscar a inclusão das comunidades por meio da planificação espacial, de medidas sociais e econômicas que por si só devam combater o racismo, a crimi-

nalidade e a exclusão social; a cidade participativa, desde o quarteirão, o bairro, o distrito. O cidadão deve possuir espaços de participação pública para a gestão urbana, conectados numa rede de ação local (GARCIAS; BERNARDI, 2008).

Para Nelson Saule Júnior, as funções sociais da cidade devem ser tomadas como base ao do desenvolvimento urbano e respectivas políticas públicas. Tais funções nada mais são que interesses difusos de proprietários, de moradores, de trabalhadores, de comerciantes, de migrantes que convivem em um mesmo espaço urbano e estarão desenvolvidas de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria na qualidade de vida urbana, envolvendo o pleno acesso à moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, esporte, segurança, educação, saúde, enfim, todos os direitos urbanos inerentes às condições de vida da cidade (SAULE JÚNIOR, 1998, p. 50-51).

2.3 O desenvolvimento local integrado

Neste trabalho, associa-se a ideia de integração com as ideias de pluralidade e cooperação, isto é, diálogo entre políticas públicas, entre planejadores governamentais e entre os diversos grupos sociais.

A integração significa, primeiramente, que o desenvolvimento não deve ater-se a apenas um aspecto social ou viés teórico, mas abranger uma pluralidade de temas. O desenvolvimento econômico, portanto, não se sustenta sob o pilar único do PIB. A evolução deve ser observada considerando a realidade local, incorporando critérios sociais, de sustentabilidade, de participação popular, de articulação entre os órgãos e grupos sociais, de autorrealização, na busca constante, flexível e coerente de resultados qualitativos.

A estruturação setorializada de políticas ou ações em prol do desenvolvimento, por outro lado, dificulta o alcance desse resultados. Trata-se da falta de diálogo global, mediante adoção de planos imediatísticos, alheios a outras consequências pejorativas, sem tempo suficiente para maturar a ideia entre os próprios setores envolvidos, seja da sociedade civil seja do poder público. Muitas vezes, busca-se um número mais atraente, a fim de maquiar a realidade de que o desenvolvimento qualitativo não está ocorrendo.

Um desenvolvimento integrado, portanto, começa pela cooperação e diálogo internos entre os planejadores de políticas públicas e sociedade civil. No próximo capítulo este ponto será abordado de forma mais profunda.

Outro ponto do desenvolvimento integrado é a cooperação interinstitucional, isto é, entre instituições de um mesmo nível de governo.

Pequenos municípios de uma mesma região, por exemplo, que tenham vocação ou problemas comuns poderiam se articular para administrar suas cidades e alavancar o seu desenvolvimento. Ou mesmo municípios grandes, no que hoje chamamos de governança interfederativa entre regiões metropolitanas, ou mesmo entre municípios e Estados, conforme o direcionamento inovador conferido pela Lei federal 13.089, de 12 de janeiro de 2015, também denominada de Estatuto da Metrópole.

Uma das diretrizes da governança interfederativa é a implantação de um processo permanente e compartilhado de planejamento e tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e as políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum, mediante um sistema integrado de alocação de recursos e prestação de contas com rateio de custos previamente pactuado. Outra diretriz é a participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e tomada de decisão, no acompanhamento da prestação de serviços e na realização de obras afetas às funções públicas de interesse comum.

Vê-se, portanto, que o desenvolvimento econômico local não pode deixar-se capturar pelo conceito de crescimento econômico, que se tornou uma concepção totalizante ligada ao PIB. Mas trata-se do desenvolvimento das potencialidades de determinada localidade, da abertura de um leque de escolhas para que o cidadão as tome de forma livre e responsável, mediante ampliação das liberdades a partir de um viés sustentável e integrado.

3 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL É COMPATIVEL COM O CONCEITO DE COMUNIDADE DE ZYGMUNT BAUMAN?

Como abordado acima, o desenvolvimento econômico local é algo que transcende a questão do crescimento econômico para compilar também o viés social, o viés cultural e o viés ambiental em uma perspectiva

sustentável, com a participação integrada dos diversos atores sociais representados pelo Estado, Terceiro Setor, empresa e cidadão, com o objetivo de ampliar as capacidades de determinada localidade a partir da ampliação das liberdades subjetivas e responsáveis.

A princípio, a questão da localidade remete a uma ideia de comunidade. O desenvolvimento do qual trata-se acima é o desenvolvimento buscado pela comunidade, para atingir as pessoas que vivem na comunidade e que tem objetivos comuns de melhorar a condição de bem estar.

Esta é uma ideia a priori, formada a partir do que se discorreu sobre o desenvolvimento econômico local. E nesse momento, o trabalho pretende confrontar as ideias acerca do desenvolvimento econômico local com a concepção de comunidade, isto é, a ideia que se tem acerca do conceito "comunidade" é compatível com esse desenvolvimento da localidade?

Para tanto, utiliza-se do conceito de comunidade tecido por Zygmunt Bauman, sociólogo polonês contemporâneo, professor da Universidade de Varsóvia e de Leeds, falecido em 2017 tendo deixado mais de 30 obras voltadas ao estudo da sociedade moderna.

3.1 Comunidade para Zygmunt Bauman

Na obra intitulada "Comunidade: a busca por segurança no mundo atual", Zygmunt Bauman (2003) oferece uma revisão do conceito de comunidade, a qual se passa a descrever.

Segundo o autor, a palavra "comunidade" gera sensações além de um significado, sugerindo ser uma coisa boa. A comunidade é um lugar confortável e aconchegante. Enquanto lá fora temos que estar alertas ao perigo, na comunidade podemos relaxar, estamos seguros, sem perigos ocultos. Na comunidade podemos contar com a ajuda e boa vontade dos outros. Ninguém se alegra com a nossa desgraça (BAUMAN, 2003, p. 7).

Contudo, ele afirma que essa comunidade dos sonhos é um paraíso perdido ou um paraíso ainda esperado. É o tipo de mundo que não está ao nosso alcance, mas no qual gostaríamos de viver, buscando febrilmente os caminhos que nos levem até lá (BAUMAN, 2003, p. 9).

Bauman pondera ainda, existir um preço a pagar pelo privilégio de viver em comunidade. Esse preço é a autonomia, o direito a autoafirmação e à identidade. Numa só palavra: liberdade. Isso porque, para ele,

não há ainda uma solução para se ter segurança e liberdade ao mesmo tempo em razão da tensão entre comunidade e individualidade (BAUMAN, 2003, p. 10).

Em uma verdadeira comunidade, não há espaço para reflexão, crítica ou experimentação, pois ela é fiel à sua natureza ou ao seu modelo ideal apenas na medida em que ela é distinta de outros agrupamentos humanos. Não há, portanto consenso, que é alcançado por opiniões diferentes. O entendimento comunitário não precisa ser construído. Já está lá, sugerindo sempre homogeneidade e mesmidade (BAUMAN, 2003, p. 15-18).

Essa mesmidade, porém, é constantemente ameaçada pelo mundo exterior à comunidade e por isso, a comunidade do entendimento comum é frágil e vulnerável, precisando sempre de vigilância, reforço e defesa (BAUMAN, 2003, p. 19).

Já a identidade, significa aparecer, ser diferente. De maneira que a procura da identidade naturalmente divide e separa. E em uma contemporaneidade individualista, na qual as pessoas buscam a todo tempo sua individualidade por meio de sua identidade, isto é, a partir do momento que a pessoa deixa de ser inocente e homogênea e passa a buscar sua identidade, o objetivo da comunidade sonhada tende a lhes escapar (BAUMAN, 2003, p. 21-22).

Além disso, o autor pondera que a busca da felicidade não se dá pela atração ao que é bom, mas antes pela repulsa de tudo o que é doloroso e desagradável, sendo necessário aliviar esse sofrimento. Sendo a repulsa que move o ser humano, o progresso, significa apartheid, separação do que é ruim (BAUMAN, 2003, p. 23).

Trata-se da ambivalência do individualismo moderno que é, ao mesmo tempo, vetor de emancipação do indivíduo e um fator de insegurança crescente, na medida que o torna responsável pelo seu futuro e por si. E no moderno arranjo capitalista, alguns indivíduos se emancipam ou tem a capacidade de buscar a emancipação e outros são taxados e estigmatizados como desagradáveis. A emancipação de alguns exigia a supressão de outros. E se a insegurança gera a repulsa ao que é desagradável, a repulsa gera segregação (BAUMAN, 2003).

As comunidades autossustentadas e autoreprodutivas foram derretidas pelo capitalismo, onde o entendimento natural da tradição foi

substituído por uma rotina imposta e artificial, a ser vivida nas cidades--modelo, que associavam o sucesso industrial ao sentir-se bem. Não existe mais carteiro, banco, um único lar. As comunidades se tornam cada vez mais dispensáveis, os laços de vizinhança, família regionais e comunitários enfraqueceram em prol do ambiente fluido capitalista (BAUMAN, 2003).

Os bem sucedidos na tarefa da emancipação a que propõe o capitalismo criam as comunidades cercadas, que de comunidade só tem o nome, guardadas pesadamente e controladas eletronicamente apenas para manter distância da vida comum da cidade. (BAUMAN, 2003, p. 52).

O cosmopolitismo da elite global é certamente seletivo, pois não foi feito para imitação das massas. Esse estilo de vida celebra a irrelevância do lugar: não importa onde estamos, o que importa é que estamos lá. A secessão dos bem sucedidos é antes de mais nada, uma fuga da comunidade (BAUMAN, 2003, p. 54-55).

Isso porque esses cosmopolitas bem sucedidos, são aqueles que conseguiram reformular a individualidade de direito (uma condição de todos os homens e mulheres) para uma individualidade de fato (uma capacidade que os separa do grande número de seus contemporâneos) (BAUMAN, 2003, p. 56).

A construção da identidade em torno da comunidade dos sonhos é um processo sem fim e assim deve permanecer para cumprir a sua promessa, pois a vitória final significaria a remoção dos cacifes, cancelando a recompensa (BAUMAN, 2003, p. 61).

Em meio a essa confusão de valores, sobre o sentido de ser humano, sobre as maneiras certas da vida em comum, surgiu o multiculturalismo, como uma maneira dos bem sucedidos desculparem sua indiferença à diversidade. O modelo de dominação que usava o monitoramento e correção da conduta dá lugar à autovigilância e automonitoramento por parte dos dominados que, tal como enxames, se movimentam em direção às flores (às coisas – à satisfação do ter). Os enxames são coordenados e não integrados, se movendo sincronizadamente sem ter a mais vaga ideia do que significa bem comum. É o fenômeno do desengajamento (BAUMAN, 2003, p. 114-115).

Para o autor, em um mundo de multiculturalismo as culturas coexistem mas não conversam, não se beneficiam de uma vida compartilhada.

Daí a indiferença, fruto do individualismo. E a insegurança, também fruto do individualismo, tende a transformar a multiculturalidade em multicomunitarismo na construção de muralhas defensivas. Tais comunidades, novamente, visam perpetuação da divisão, separação e isolamento. E a segurança dos muros é falsa, pois incita discórdia ao invés de diálogo. A segurança é condição necessária ao diálogo e não existe em comunidades muradas (BAUMAN, 2003, p. 127-128).

O mundo que habitamos é cada vez menos capaz de oferecer a segurança real de uma vida feliz, que nos faz sentir falta da comunidade. "A maneira como somos estimulados a realizar nossos sonhos de uma vida segura não nos aproxima de sua realização, em lugar de ser mitigada, nossa insegurança aumenta e assim continuamos sonhando, tentando, fracassando"(BAUMAN, 2003, p. 129).

A vida em comum na cidade contemporânea é nada mais que um conjunto heterogêneo de seres humanos individualistas e indiferentes (BAUMAN, 2003, p. 131). A atração da comunidade dos sonhos se funda na promessa de simplificação: muita mesmice e um mínimo de diversidade, o que só pode ocorrer via segregação reduzindo a comunicação, mantendo distâncias. A sonho da comunidade se torna então aquilo que a própria comunidade promete corrigir (BAUMAN, 2003, p. 133).

Para enfrentar diretamente as patologias da sociedade moderna e atomizada, as tarefas da comunidade seriam: igualdade dos recursos necessários para transformar todos os indivíduos de direito em indivíduos de fato e seguro coletivo contra incapacidades e infortúnios individuais (BAUMAN, 2003, p. 133). Na realização dessas duas tarefas é que reside a chance de a comunidade vir a se concretizar, isto é, quando a segurança é atingida por meio da liberdade.

> Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser uma comunidade tecida em conjunto, a partir do compartilhamento do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e de responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos (BAUMAN, 2003, p. 134).

3.2 (In)Compatibilidades entre as concepções estudadas

A partir da explanação sobre a concepção de comunidade para Bauman, verifica-se agora, se há compatibilidade ou não com a concepção de desenvolvimento econômico local estudada.

Primeiramente, para Bauman a comunidade não existe. Então já se descarta a ideia de que a localidade que se quer desenvolver seja uma comunidade. A ideia de comunidade transcende a ideia de localidade. A localidade é um território, a comunidade é um lugar abstrato que gera sentimentos de segurança, aconchego, confiança, cuidado mútuo.

Bauman quase dá a entender que a comunidade é uma utopia. Como se a própria ideia de comunidade se confundisse com os objetivos finais do desenvolvimento econômico local. No entanto, o sociólogo encerra sua obra com um único parágrafo, no qual afirma que, se um dia vier a existir uma comunidade, ela seria tecida em conjunto, a partir do interesse e não da indiferença dos seus integrantes, a partir da atuação com responsabilidade, em que todos poderiam desenvolver sua individualidade de fato, buscando seu direito de ser humano bem como ter a capacidade de agir em defesa a esses direitos.

Mas para isso, os bem sucedidos deveriam abrir mão dos seus privilégios conferidos por um sistema de meritocracia. Porque a realidade é que os bem sucedidos só o são na medida em que são indiferentes ao outro e na medida em que suprimem os mais fracos.

Esse ponto se torna uma dificuldade para o desenvolvimento econômico que utiliza da ação integrada do cidadão, Estado, Terceiro Setor e empresa para se concretizar. Não há exatamente uma incompatibilidade entre pontos aqui. Pois Bauman aceita que a comunidade deve ser tecida em conjunto, o problema é que o que está aí hoje não trabalha em conjunto. O que está aí hoje não está apto a aproveitar a oportunidade do agir em conjunto, em cooperação. Vencer esse desafio significaria alcançar a ideia de comunidade para iniciar o desenvolvimento econômico local. E, para Bauman, alcançar a ideia de comunidade no sistema capitalista, na sociedade moderna cuja marca é o individualismo indiferente e onde a busca da comunidade resulta apenas em segregação, é quase impossível.

Pelo mesmo motivo, torna-se difícil falar em desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade pressupõe a diversidade, a pluralidade de perspectivas, social, ambiental, cultural e econômica (sentido estrito), evoluindo em conjunto. A insegurança gerada pelo individualismo transforma a multiculturalidade em multicomunitarismo mediante construção de muralhas defensivas, visando distanciamento e segregação, o que vai na contramão da sustentabilidade.

Para conseguir o diálogo, Bauman aponta ser imprescindível ter segurança. O problema é que a segurança não é algo que se consegue ter, sem pagar o preço da autonomia, autoafirmação e à identidade. Isso porque a segurança está para a comunidade tal qual a liberdade está para a individualidade.

Essa talvez seja a maior incompatibilidade entre as concepções propostas nesse trabalho.

Para Bauman, a liberdade é antagônica à segurança e portanto antagônica à comunidade. Isso porque, a comunidade do sociólogo não abre espaço para experimentação própria da liquidez individualista, lá não existe o diferente. Há a mesmice e a homogeneidade, pois é isto que traz a segurança almejada. E a liberdade, a busca da autonomia e da identidade significa por si só querer ser diferente. E o querer ser diferente segrega.

Liberdade e comunidade são incompatíveis.

Ocorre que o desenvolvimento econômico, a partir do pensamento de Amartya Sen, tem a ampliação das liberdades subjetivas como meio e fim. Se desenvolvimento significa ampliar o leque de escolhas que o indivíduo pode fazer, para Bauman isso acrescentaria insegurança. E em uma comunidade não há insegurança.

Dessa forma, o desenvolvimento de Amartya Sen seria um divisor, um segregador. Se anteriormente entendemos que é necessário que haja comunidade para haver cooperação e portanto iniciar o processo do desenvolvimento, é possível que em meio a esse processo a comunidade se desmantele e o processo estanque.

Isso tudo ocorre porque Bauman relaciona a ideia de comunidade com segurança. O bem estar que Bauman propõe está vinculado à segurança da homogeneidade, enquanto o bem estar do Amartya Sen não tem uma fórmula pré-definida, mas está relacionado com os diversos tipos de liberdades subjetivas, ou seja, relacionado com a diversidade. É um bem estar difuso e coletivo que está sempre em evolução.

Ambos retratam a importância da responsabilidade, seja na comunidade seja em prol do desenvolvimento. Contudo, Bauman entende que a liberdade individualista dos tempos de hoje não abre espaço para o agir responsável, mas ao agir indiferente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou estudar o significado de desenvolvimento econômico local, indagando sobre sua compatibilidade com a concepção de comunidade trazida pelo sociólogo Zygmunt Bauman. A concepção de desenvolvimento econômico foi tecida a partir das ideias do economista indiano, Amartya Sen e de outros autores que se debruçaram sobre o tema.

A hipótese sustenta que o significado de desenvolvimento econômico tem sido, na prática, usurpado por um conceito totalizante puramente voltado para aumento das capacidades de produção de bens e serviços. O verdadeiro desenvolvimento econômico local engloba ações cooperadas e sustentáveis dos atores sociais em prol do bem comum, mediante evolução dos campos sociais, culturais, ambientais e econômico (estrito senso).

E ainda, no tocante à compatibilidade dessa concepção com a ideia de comunidade em Bauman, a hipótese é de que são incompatíveis, a partir do momento em que vivemos em uma sociedade líquida e essencialmente individualista. Dessa forma, a comunidade não estaria apta a ser local de transformação social enquanto predominar o pensamento individualista e indiferente.

Com efeito, o desenvolvimento econômico local foi identificado como algo que transcende a questão do crescimento econômico para compilar também o viés social, o viés cultural e o viés ambiental em uma perspectiva sustentável, com a participação integrada dos diversos atores sociais representados pelo Estado, Terceiro Setor, empresa e cidadão, com o objetivo de ampliar as capacidades de determinada localidade a partir da ampliação das liberdades subjetivas e responsáveis.

E esse conceito se mostrou incompatível com a comunidade de Bauman essencialmente porque para ele o desenvolvimento como liberdade significa não comunidade, mas segregação. A comunidade de Bauman é um lugar seguro, concretamente possível apenas se os bem sucedidos abrirem mão da sociedade meritória para agir em coopera-

ção, o que seria o primeiro entrave. Mas considerando que isso pudesse ocorrer, no momento em que o processo do desenvolvimento trouxesse ampliação das liberdades individuais, voltaria o sentimento de insegurança que segrega.

Na opinião desta autora, Bauman identifica a comunidade como um ambiente de igualdade de direitos, o que não ocorreria em uma sociedade capitalista. E sem comunidade, não se pode iniciar falar em desenvolvimento, que necessita desse ambiente comum onde ocorre a cooperação e integração. Dessa forma, o primeiro passo só existirá quando a transformação social significar o fim do capitalismo conhecido hoje como individualismo indiferente que explora e suprime o outro. E se o capitalismo for superado e chegarmos em um ambiente de comunidade de fato, o desenvolvimento a partir da ampliação das liberdades não seria mais incompatível, pois não levaria à segregação, mas sim à situação em que todos os indivíduos se tornam indivíduos de fatos, pertencentes e participantes da comunidade. Não haveria que se falar em insegurança, na medida em que os direitos são garantidos e defendidos a todos e por todos. Nesta análise, na existência de um outro sistema econômico a comunidade e o desenvolvimento econômico local seriam sim, compatíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia de Moraes (Org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 195-267.

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

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. **As funções sociais da cidade**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. V. 4, N.4. Julho-Dezembro, 2008. Paraná: Unibrasil, 2008.

KRONEMBERGER, Denise. **Desenvolvimento local sustentável**: uma abordagem prática. São Paulo: Senac, 2011.

SAULE JUNIOR, Nelson. O Tratamento Constitucional do Plano Diretor como Instrumento de Política Urbana. In: FERNANDES Edésio (Org.) **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 33-65.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CONTRIBUIÇÃO DA ABORDAGEM BASEADA EM RECURSOS NO SETOR HOTELEIRO: CASO DE RIBEIRÃO CLARO E CARLÓPOLIS PARANÁ

José Antonio Marcelino

1. INTRODUÇÃO

O setor do turismo vem se tornando uma atividade socioeconômica provocando impactos na sociedade brasileira, a indústria hoteleira no país gera cerca de um milhão de empregos diretos e indiretos, o que gera uma receita de dois bilhões de dólares (EMBRATUR 2000). Desde fonte de renda e emprego, até a busca de novas oportunidades, o turismo faz com que membros de famílias que estavam a um bom tempo desempregados na indústria ou do comércio, encontram neste setor independentemente da sua qualificação, uma chance do desenvolvimento profissional não só seu, mas também de toda a sua família.

Segundo a Organização Mundial do Turismo (OMT), apresenta dados onde o Brasil foi classificado como o destino que mais cresceu no setor, entre 1996 e 2000, foi transformado em efetivo destino turístico implicando um trabalho estratégico, com ponto de partida na criação da Câmara Setorial do Turismo. Macro-estratégias foram criadas e implementadas, resultando na modernização da legislação, na capacitação de mão-e-obra, na elaboração de um inédito projeto de marketing capaz de começar a promover o país em mercados prioritários e em substanciais investimentos em construção e modernização da infra-estrutura turística.

Frente a este fato, o Estado do Paraná está em expansão em diversos setores do turismo, conforme registros do cadastro da Secretaria de Estado do Turismo/Embratur, de dezembro de 2018. São projetos desenvolvidos pelas secretarias municipais com apoio de outros órgãos, como EMATER, Secretaria Estadual do Turismo, e instituições como o SEBRAE frente a geração de empregos e rendas aos municípios.

As cidades de Ribeirão Claro e Carlopólis, foco desta pesquisas apresentam um grande potencial turístico, devido a sua localização privilegiada as margens da represa de Chavantes (SP), mas que ainda não são explorados com todo seu potencial e que possuem uma estrutura precária de hospedagem, mas que tem uma grande demanda por esse serviço. Na busca pelo desenvolvimento sustentável, a administração destes municípios tem trabalhado em projetos turísticos municipais e regionais, e o pequeno empresário do setor hoteleiro passa a ter grande importância nesse processo, passando a ser o grande gerador de empregos do município pela grande demanda de clientes, mas que exige mudanças e uma reestruturação destas pequenas empresas.

A literatura empresarial nos revela que a pequena empresa pode ser influenciada pelos tipos de liderança que determinam as estruturas e as estratégias, em estudo pioneiro realizado por realizado por Williams e Tse, 1995, que relacionaram a formação da estratégia e os empresários de restaurantes. E identificaram que este empresário tem pouco conhecimento especifico sobre estratégia e das atividades administrativas e o curto tempo como alocam as suas atividades para atividades semelhantes, diferentes tipos de estratégia surgem para serem seguidas por estes empresários.

2. O TURISMO NO BRASIL E NO PARANÁ

O turismo é uma atividade caracterizada pelo conceito socieconômico, apresentado por Beni (2002) como as três tendências: econômicas, técnicas e holísticas.

As tendências apresentadas pelo autor reforçam as características atribuídas ao turismo como sua conceituação econômica (Oliveira, 2000), sendo definida como uma atividade econômica que gera empregos e rendas. Outros autores relacionam a definição com os conceitos de turistas, visitantes e excurcionistas, estas apoiadas pela OMT em 1968.

A definição holística é a mais abrangente e foca aspectos culturais, políticos, sociais e econômicos (Fuster, 1974; Oliveira, 2000).

Na busca constante das definições, no presente artigo ressaltou a apresentada pela OMT - Organização Mundial do Turismo – define turismo como "o deslocamento para fora do local de residência por período superior a 24 horas e inferior a 60 dias motivado por razões não econômicas" (Ignarra, 2000: 23); onde há busca constante por serviços e produtos que satisfaçam as necessidades e desejos dos turistas.

No Brasil, há uma preocupação recente com relação ao desenvolvimento turístico a fim de promover a atividade e incentivar o contato de turistas estrangeiros e da própria população com o País, o Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur – sob a administração de diversos presidentes, foi responsável por essa tarefa.

Cavalcanti e Hora (2002) afirmam que foi o modelo adotado em 1930 que fez surgir a industria do lazer como conseqüência das condições geradas para este desenvolvimento.

Bursztyn (1999) nos mostra que após a criação do Embratur é que se iniciou a preocupação com os planejamentos da atividade turística. Dentre os vários programas apresentados, encontra-se o Programa Nacional de Municipalização do Turismo (PNMT) que segundo o mesmo autor, tem como objetivo descentralizar a gestão e o planejamento das atividades turísticas nos municípios.

O Governo do Estado do Paraná tem como objetivo maior o desenvolvimento regional sustentado, neste sentido, o turismo deverá atuar como uma das principais ferramentas para buscar a maximização do aproveitamento dos fatores existentes em determinados espaços geográficos. (Projeto de Turismo do Governo do Paraná).

Sua localização na Região Sul do País, corresponde a 2,3 % da superfície total do Brasil e conta atualmente com 399 municípios instalados (Julho/2018).

São cincos as zonas naturais do Estado, ou seja: o Litoral, a Serra do Mar, os Primeiro, Segundo e Terceiro Planaltos, todos reservando agradáveis surpresas. Natureza e história no litoral; progresso e humanismo em sua capital; mistério e tranqüilidade em Vila Velha; expansão agroindustrial no Norte e Sudoeste; as empolgantes cataratas e o gigantismo de Itaipu no Oeste, em Foz do Iguaçu. Na área hoteleira, o Paraná conta

atualmente com 1.760 estabelecimentos representando 5,6% da participação em nosso país. Na área de hospitalidade, o Paraná conta atualmente com 528 hotéis e os serviços de aproximadamente 977 agências de turismo com 1076 guias de turismo cadastrados.

Estes programas de municipalização do Paraná do turismo conta com apoio de diversas entidades como SEBRAE, SENAI, SESE e SENAC que oferecem capacitações e informações aos empresários para que possam crescer em seu segmento.

3. ESTRATÉGIA NA PEQUENA EMPRESA

Os estudos que englobam a estratégia na pequena empresa englobam três grandes correntes: clássica, ecológica e empreendedora.

Estas três grandes correntes do estudo em estratégia de pequenas empresas apresentam pontos críticos que as impedem de representar claramente as nuances do comportamento estratégico de uma pequena empresa em seu contexto.

A corrente clássica faz a simples transposição das teorias criadas à partir dos estudos de grande empresa, e assim despreza as características específicas e diferenciadoras das pequenas empresas. (Robinson, 1979; Gibb & Scott, 1985; Morri set al. 2005). Tem a perspectiva econômica e como foco o mercado.

A corrente ecológica por sua vez considera a grande fragilidade das empresas pequenas e jovens e o grande poder do ambiente externo, desconsidera qualquer margem de manobra ou acuidade da direção da empresa para o seu sucesso. (Caroll & Delacroix, 1982; Wholey & Brittain, 1983). Tem como perspectiva institucionalista e como foco as estruturas do ambiente externo.

A capacidade do empreendedor, a terceira corrente desconsidera a força do ambiente e o contexto organizacional. (Carland *et al.*, 1984; Cossette, 1996; Filion, 1999). Tem como perspectiva sócio-cognitiva e como foco o individuo.

Os estudos de estratégia de PME se dividem em dois paradigmas: a adaptação dos estudos em grandes empresas para as pequenas empresas e o estudo sobre os empreendedores, onde o estudo da pequena empresa absorve esta polarização.

A perspectiva construcionista é uma opção viável, pois se preocupa pelo processo de interação, admitindo que, na relação da empresa com o ambiente, existam dualidades implícitas ao processo de interação. A via construcionista pretende a observação das interações entre organização e ambiente através dos atores e dos significados de seus discursos e narrações no quotidiano (Ford &Ford, 1995).

A classificação proposta por Porter (1980) inclui três estratégia competitivas genéricas: estratégia de liderança de custos (empresas que procuram aumentar sua participação no mercado), diferenciação (busca de uma vantagem competitiva através do fornecimento de produtos/serviços) e estratégia no foco (foco num nicho especifico).

Miles e Snow (1978) propõem a existência de quatro tipos de estratégias competitivas: defensiva, prospectora , analítica e reativa. A estratégia defensiva é caracterizada por estreitos domínios de produtos/mercados. A estratégia prospectora é caracterizada por elevada busca de mercados e inovação de produtos e processos. A estratégia analítica é vista como um híbrido das estratégias defensiva e prospectora, possuindo áreas de negocio central mais estável e dinâmico. As empresas que não apresentam nenhuma relação coerente entre estratégia e estrutura e não tem estratégia diante do ambiente, são denominadas reativas.

As PMEs por se apresentarem com uma certa simplicidade e uma estrutura pouco desenvolvida, torna-se necessário estabelecer condições que favoreçam o pensamento estratégico, para que possuam bases para competir neste ambiente de mudanças rápidas.

A formulação da estratégia das PMEs, conforme estudos, vão da sua percepção á reação do mercado e adaptam seus objetivos e sua estrutura.

Lima (2000) menciona que as pesquisas brasileiras sobre PMEs tem se voltado para a prática da gestão estratégica, sendo o grande desafio, a compreensão da gestão estratégica por parte dos pequenos empresários.

Em estudo realizado por Barbosa e Teixeira (2003) nas PMEs sergipanas analisando o comportamento estratégico contatou-se que o pensamento estratégico dos empresários se assemelham com a idéia da estratégia artesanal de Mintzberg (1996); que o mesmo é ainda responsável pelo processamento das informações e não utilizam os conceitos básicos da formulação da estratégia; e as informações do ambiente são escassas.

Guimenez (1997) desenvolve trabalhos ligados ao comportamento estratégico dos dirigentes de PMEs na industria moveleira do Paraná, onde os resultados apresentados forma que as empresas não seguem nenhum padrão especifico que o comportamento é de reação adaptação ao macroambiente.

4. VISÃO BASEADA EM RECURSOS – VBR

As empresas elaboram suas estratégias primordialmente na combinação de seus recursos e as oportunidades de mercado que elas identificam, segundo Leask (2004). Diante deste contexto surgiu a teoria da escola da visão baseada em recursos – VBR, que tem como objetivo analisar a empresa em relação aos seus recursos internos, propondo ações estratégicas para serem seguidas pela organização (Wernefelt, 1984).

A VBR tem sua origem na teoria econômica devido a Penrose (1959), que defendeu que as empresas desenvolvem suas vantagens competitivas através das imperfeições do mercado e que as singularidades advindas destas imperfeições provêem a base para o desenvolvimento de capacidades únicas ou recursos intraempresarialmente.

Barney (1991) desenvolveu a visão baseada em recursos o que a transformou numa teoria completa (Mintzberg, Ahltrand e Lampel, 2000). A VBR pode ser utilizada como modelo de compreensão da estratégia e pode ser considerada a principal referência existente na literatura nessa função (Barney, Wright e Kechen, 2001)

Para Wernefelt (1984) a visão baseada em recursos as organizações são vistas como um conjunto de recursos e capacidades que não podem ser livremente compradas e vendidas no mercado.

Segundo Grant (1991) a visão baseada em recursos apóia-se em duas premissas:

1. Recursos e capacidades internas abastecem o direcionamento estratégico da empresa;
2. Recursos e capacidades são a fonte primária de lucro da empresa.

Para o mesmo autor, os recursos e as capacidades são a fonte de direção da empresa. A VBR é, portando, perspectiva que exalta a utilização que a firma faz dos recursos de que dispõe, partindo do princípio de que as organizações são fundamentalmente heterogêneas porque dispõem de recursos diferentes (Peteraf, 1993, Rugman e Verbete, 2002).

Barney (1991) estipulou quatro critérios para identificar os recursos estratégicos:

- Valor: trata-se da qualidade do recurso de possibilitar melhorias e implementar Estratégia para a empresa;
- Raridade: Recursos de valor quando possuídos por um conjunto de competidores não pode ser fonte de Vantagem Competitiva. Recurso Intangível como o conhecimento é tipicamente raro;
- Impossibilidade de Imitação: Patentes, conhecimentos tácitos e outros tipos de recursos são de difícil imitação, isto é, não podem ser possuídos pelos concorrentes com facilidade e a baixos custos, e
- Inexistência de substituto: De nada adiantaria os requisitos acima se o recurso pudesse ser substituído por outro de igual impacto estratégico.

Para o mesmo autor uma empresa tem vantagem competitiva quando desenvolve estratégia com "criação de valor" que não é simultaneamente implementada por nenhum de seus concorrentes diretos ou indiretos. A primeira linha de defesa para uma vantagem baseada em recursos é impedir a imitação.

Mas a melhor proteção está nos relacionamentos intangíveis, sistemas, aptidões e conhecimentos da própria empresa (Mintzberg, Ahlstrand e Lampel, 2000). Lado e Wilson (1994) sugerem que os sistemas de recursos humanos podem contribuir para uma vantagem competitiva sustentável facilitando e desenvolvendo competências que são específicas à organização.

Em se tratando do que é considerado como recurso interno, a literatura especializada tem apresentado diferentes classificações. Para Wernerfelt (1984), entende-se por recursos os ativos tangíveis e intangíveis vinculados de forma semipermanente à firma. Já Barney (1996) considera como recursos todos os ativos, as competências, o processo organizacional, os atributos e as informações da firma, o conhecimento, enfim, ampla gama de ativos que pertencem à firma. Mais especificamente, ele os classifica em recursos financeiros, recursos físicos, recursos de capital humano e recursos organizacionais. Grant (1991) expande a divisão proposta por Barney (1996) acrescentando mais duas categorias: reputação e recursos tecnológicos. Mais recentemente, Chatterjee e Wernerfelt (1991) sugeriram que os recursos são do tipo físicos, financeiros e ativos

intangíveis, assim como marcas, reputação e capacidade inovadora, entre outros.

O autor Kay (1996) apresentou quatro capacidades diferentes, importantes para o relacionamento da empresa com outras organizações:

> 1. a arquitetura organizacional vista como uma rede de contratos em que se pode estabelecer relacionamentos com ou entre seus empregados – arquitetura interna –, com seus fornecedores e clientes – arquitetura externa – ou entre um grupo de empresas engajadas em atividades correlatas – redes;
>
> 2. a inovação ou capacidade da empresa oferecer novos produtos ao mercado;
>
> 3. a reputação ou mecanismo utilizado para transmitir informações aos consumidores e que se refere a associação que esta faz da organização com os atributos do produto e;
>
> 4. os ativos estratégicos que se relacionam ao domínio ou posição da empresa no mercado.

Hayashi Jr (2002) afirma que a visão baseada nos recursos é um paradigma muito importante dentro da área da estratégia o que possibilta novos *insights* de formulação e implementação de estratégias.

Diante das fundamentações realizadas sobre VBR, apresenta-se um quadro resumo, o qual será o norteador desta pesquisa:

QUADRO 01 – Categorias de recursos organizacionais

CATEGORIAS DE RECURSOS	DESCRIÇÃO E INDICADORES
Capital Humano	Inclui o treinamento, experiência, julgamento, inteligência, *insights* dos gerentes e trabalhadores, trabalho amador e o profissional, a equipe técnica e gerencial.
Financeiro	Todos os tipos de recursos financeiros que as empresas podem utilizar para conceber e implementar estratégias. Ex.: empréstimos e financiamentos, faturamento, ativos financeiros, *royalties,* aluguéis, entre outros.

CATEGORIAS DE RECURSOS	DESCRIÇÃO E INDICADORES
Físico	Bens tangíveis – instalações, equipamentos, recursos naturais, tecnologia física usada na empresa, a planta organizacional, localização geográfica.
Organizacional	Arquitetura Organizacional: refere-se ao relacionamento da empresa com outras organizações, a articulação de recursos com o setor público e o setor privado.

Fonte: Adaptado de Barney (1996), Grant (1991) e Kay (1996)

A essência da formulação estratégica é construir a estratégia que faz o uso mais efetivo dos recursos e das capacidades da organização. Quanto mais fácil de transferir e copiar os recursos e competências organizacionais, mais fácil sustentar a vantagem competitiva provavelmente um mercado competitivo sem atração. (Grant, 1991).

Estudos realizados no Brasil com o foco da Abordagem Baseada em Recursos foi realizado por Massukado (2002) que analisou os municípios de Curitiba e Foz do Iguaçu, que tinha por objetivo verificar como os recursos organizacionais e turísticos eram utilizados pelos gestores locais na formulação da política pública do desenvolvimento turístico da região.

6. METODOLOGIA

O presente estudo teve como objetivo compreender como as estratégias são adotadas com base na abordagem dos recursos, empregados por empresas hoteleiras do Norte Pioneiro, em busca de uma diferenciação frente á concorrência.

Para tanto, se procurou identificar e analisar os recursos físicos, capital humano, organizacionais e financeiros de dois hotéis dos municípios de Ribeirão Claro e Carlopólis. Após definir o objetivo da pesquisa, foi adotado o enfoque do método indutivo, buscando construir com base na analise dos dados coletados nos dois hotéis, por meio da teoria utilizada (Yin, 2001).

O estudo aqui realizado pode ser considerado como exploratório, por ser escasso este estudo no Norte Pioneiro do Paraná e nas pequenas empresas.

A metodologia escolhida foi a descritiva-qualitativa. Esta análise é organizacional, observando os recursos físicos, capital humano, organizacionais e financeiros, investigadas no período de outubro de 2018 á dezembro de 2018. Para tanto se faz necessário adotar o estudo de caso sendo a melhor maneira para esta pesquisa.

Os hotéis em estudo foram selecionados tiveram como critério de escolha, os critérios quantitativos, de definição de pequena empresa apresentados por Oliver Torre's (1999); pelo número de empregados menores de quarenta e nove, e segundo a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, do Brasil, que aufere receita bruta de até R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) anuais.

A coleta dos dados foi realizada através de entrevistas, tratando de relato verbal a os problemas de viés. Foram entrevistas semi-estruturadas gravadas com os proprietários-gerentes dos hotéis.

Foi realizada a pesquisa documental para colaborar nas evidencias; através de jornais da região e a inclusão das empresas nos programas turísticos municipais.

7. ANÁLISE DOS DADOS

Um setor importantíssimo para a atividade turística é o hoteleiro, que vem com o passar dos tempos adquirindo mais espaço no mercado segundo a ABIH 2018.

Na década de 1980, nota-se uma retração da hotelaria de luxo, para dar lugar ao fenômeno dos apart-hotéis ou flat services, que surgidos como um negócio novo, seguro e viável. Os pequenos e médios investidores puderam então participar de empreendimentos hoteleiros/comerciais com investi- mentos baixos e um retorno atrativo do capital. Os efeitos da desenfreada expansão seriam sentidos, porém, apenas a partir dos anos 90, quando a super oferta, especialmente em São Paulo, começou a gerar a concorrência predatória e por conseqüência a desestabilização do setor, com diárias médias que não condiziam com as necessidades do setor. (ABIH, 2018)

Com as fontes de capital internas, a indústria hoteleira brasileira no final dos anos 90 deu atenção do capital estrangeiro, que começou a investir em hotéis no Brasil, primeiramente através das próprias cadeias hoteleiras. Exemplos destes investimentos incluem: a compra da rede Caesar Park

pelo grupo mexicano Posadas; a construção do Grand Hyatt em São Paulo, com investimento da própria Hyatt e do grupo argentino Libermann; o Marriott Copacabana com investimento total da Marriott International; o novo Hilton em São Paulo, construído pela Hilton International; e o Grupo Pestana de Portugal que adquiriu quatro hotéis em Salvador, Rio de Janeiro, Angra dos Reis e Natal.

Os meios de hospedagem se apresentam como um grande gerador de empregos, com cerca de 3 milhões de postos de trabalho, conforme dados do EMBRATUR (2017).

O Parque Hoteleiro nacional possui hoje aproximadamente 31,3 mil estabelecimentos de hospedagem, e deste universo 47,9% eram hotéis e 31,9 pousadas, dados fornecidos pela ABIH. No geral, 70% são empreendimentos de pequeno porte. Isto representa mais de um milhão de empregos e a oferta de aproximadamente um milhão de apartamentos em todo o país. Muitas matérias trazem inovações, o que é certo e que de cada 10 empregos da população ativa 1 é de turismo, o que já é um número expressivo e razoável, levando em conta que os outros segmentos tem força e representatividade (ABIH/EMBRATUR)

Recursos Internos

7.1 Capital Humano

O resultado da analise do capital humano nas empresas analisadas demonstram desvantagens em alguns pontos, pois as duas empresas não desenvolvem nenhuma estratégia de manutenção do seu capital intangível.

Durante a entrevista foi questionado sobre a qualidade dos serviços prestados pelos seus colaborados, o gerente da empresa ALFA, assim relatou:

> "os serviços aqui prestados são rústicos e sem treinamento, eles aprendem através de sua vivencia no dia-a-dia".

Esta afirmativa não corresponde ás propostas dos autores, pois diante de um mercado competitivo, é fundamental a qualificação dos profissionais de atendimento, pois a qualidade dos serviços prestados é o que vai garantir a continuidade de novos clientes. (Lovelok, 2006)

O empresário da empresa BETA, relata:

> "o atendimento não tem diferença procuramos atender todos os clientes com qualidade".

O empresário apresenta uma certa preocupação com o atendimento de sua empresa, pois identifica isto como um diferencial dentro de sua empresa.

Com relação ao numero de funcionários que as empresas possuem, todas disseram que o numero de colaboradores é adequado, hoje as empresas atendem adequadamente aos serviços oferecidos, não tendo dificuldade no atendimento, mesmo no período de grande movimento, como o momento que se inicia, compreender como as estratégias são adotadas com base na abordagem dos recursos, empregados por empresas hoteleiras do Norte Pioneiro, em busca de uma diferenciação frente á concorrência.

Quando Grant (1991), diz que as estratégias das empresas está voltada na capacidade de utilizar os seus recursos internos para obter vantagens competitivas, para estas empresas isto ainda não esta claro, pois o capital humano ainda não esta fazendo parte da estratégia da empresa, como forma de diferencial de mercado.

Quando abordado sobre a remuneração de seus colaborados foi assim comentado:

> "os funcionários recebem salário da categoria, estando todos registrados. E ate o presente momento não perdi nenhum funcionário por motivo de salário em minha empresa".

> "os meus funcionários recebem salário mais baixo que a concorrência, não foi desenvolvido nenhuma atividade de melhoria de salário nem de mudança de administração de pessoal durante estes anos. E ate o momento nunca perdi funcionários para os meus principais concorrentes, não sabemos o que pode acontecer para o futuro".

Vendo que o setor hoteleiro esta em grande expansão a mudança de comportamento destes gestores será grande, pois, é fundamental alem do salário de seus colaboradores, proporcionar a eles incentivos para que os

mesmos estejam a cada dia mais comprometidos com a empresa. Pois como afirma Barney (1996) as empresas tem que ter capacidade de diferenciação, dificultando assim as concorrentes sua capacidade de imitação, e através do capital intangível que é possível de encontrar estavas vantagens.

Quando perguntado sobre qual o principal diferencial da empresa, o qual identifica como vantagem competitiva, a empresa ALFA relatou que a qualidade de atendimento, este item quanto perguntado sobre sua forma de atendimento ela mesma afirmou que é atende de forma rústica, ou seja, tendo uma dificuldade no entendimento da questão. O que talvez ficou aqui foi uma maneira simples de atender, vendo assim como um diferencial, não apresentando um atendimento personalizado ou formatado.

A empresa BETA disse que o seu diferencial esta na experiência de mercado, Barney (1996), apresenta este item como vantagem competitiva, ter conhecimento do mercado, mais é preciso estar atendo as mudanças e inovações, e o capital humano deve ser valorizado.

Outro item importante da pesquisa foi sobre suas fragilidades, os dois empresários falaram sobre a falta de treinamento em suas equipes. Esta necessidade e identificado pelo autor Lado e Wilson (1994), sugere que os sistemas de recursos humanos podem contribuir para uma vantagem competitiva sustentável facilitando e desenvolvendo competências que são específicas à organização.

7.2 Recursos Financeiros

Os Recursos Financeiros são fundamentais para que as empresas possam conceber e implementar estratégias, portanto se tornou necessário analisar como as empresas estudadas gerenciam estes recursos. Um ponto muito interessante é a forma com que as empresas foram constituídas, ambas com capital próprio sem buscar nenhum tipo de financiamento.

> "Nossa empresa Alfa, era na verdade uma casa numa ilha, que foi comprada pelo proprietário para fins de semana, uma vez que é empresário na cidade de Marilia Estado de São Paulo, percebendo a oportunidade de um novo negocio, ele direcionou o dinheiro de suas outras empresas para investir aqui".

O gerente tem uma história semelhante:

> "Esta propriedade onde hoje esta o hotel era a casa da minha família, onde minha mãe alugava quartos e que aos poucos fomos transformando em um hotel, usando o próprio dinheiro que agente ganhava aqui".

Por serem uma empresa que estão em fase de construção, não há espaço para investimentos financeiros, os dois gerentes afirmam que todos os investimentos são direcionados a melhorar a estrutura das empresas, para que conseqüentemente elas possam atender mais clientes e gerar mais lucros, outros tipos de investimento ainda vão levar um certo tempo para acontecer, as relações bancárias são simplesmente de movimentação de conta corrente, somente o gerente da empresa Beta que esta analisando a possibilidade de conseguir junto ao Banco do Brasil um PROGER para viabilizar a construção de uma piscina.

Perguntados sobre o faturamento de seus concorrentes os gerentes não souberam informar e realmente demonstraram que não tem a menor idéia do faturamento das outras empresas, sobre isso o gerente da empresa Alfa menciona:

> "Não consideramos os demais hotéis da cidade como nossos concorrentes, primeiro pela localização, eles estão na cidade e nós aqui na represa, e também pela estrutura, eles não tem lá tudo que nós oferecemos aqui, então nunca tivemos a curiosidade de saber quanto eles faturam".

Já o gerente da empresa Beta afirma:

> "Eu não sei quanto eles ganham não, mas sei que é bem menos que eu".

Os investimentos feitos pelas empresas se concentram nas ampliações, reformas, renovação de maquinas e equipamentos até mesmo na aquisição de novas tecnologias em sistemas de informação gerencial, mas mudanças estratégicas, em termos de recursos financeiros, implementadas pela empresa não ocorreram.

7.3 Recursos Físicos

Dentre os quatro tipos de recursos pesquisados nas empresas houve sempre, apesar das diferenças das empresas, um mesmo parâmetro, as mesmas opiniões entre os gerentes, contudo quando são avaliados os recursos físicos a diferença entre as duas é muito grande.

Nas instalações são percebidas as primeiras diferenças, o hotel Alfa está localizado numa ilha num local privilegiado da Represa de Chavantes, e o Beta numa rua central da cidade de Carlópolis, mas quando analisamos que o grande chamativo do município também esta na Represa de Chavantes, o hotel se encontra distante e mal localizado.

> "O grande diferencial de nosso hotel é a sua localização, isso torna um atrativo muito interessante, que ninguém além de nós oferece, mas também temos outras coisas que só nós oferecemos: trilhas ecológicas, pesca,passeios turísticos de escuna, caiaque e lancha e transporte de barco do estacionamento para a pousada. Ou seja o cliente já entra no clima desde o estacionamento".

Já o gerente da empresa Beta apresenta da seguinte forma:

> "Nosso hotel tem uma estrutura como simples sem luxo, mas "familar", temos uma boa sala de TV e de jogos, nosso café da manhã é bem reforçado e pra quem pede nós chamamos um rapaz que tem um barco pra levar eles pra passear na represa".

Enquanto que no hotel Alfa são oferecidos serviços de Baby Siter, piscina com bar, piscina para criança e piscina com hidromassagem aquecia, os cliente também tem acesso a quadras de vôlei, tênis, bocha, sauna, sala de massagem, academia, além do salão de jogos, sala de tv e restaurante. Uma necessidade é a instalação de internet, que ainda não foi viabilizada pelo auto custo em virtude da localização, o que acaba por prejudicar o atendimento, principalmente de reservas on-line. Recentemente o hotel fez um grande investimento físico, quando construiu cinco novos apartamentos, comprou uma Escuna, lanchas a diesel e construiu uma piscina aquecida para aumentar a procura de clientes em outras estações do ano, como outono e inverno onde o movimento é bem menor. Enquanto isso

no hotel Beta foram comprados novos móveis para os apartamentos, daí é que se percebe a grande diferença entre uma empresa e outra.

Considerando estas informações podemos concluir que as vantagens competitivas do hotel Alfa frente a seus concorrentes é muito maior, pois os seus investimentos em infra-estrutura foram grandes, e que a do hotel Beta que é um hotel simples, esta muito mais próxima de seus concorrentes. Foram citadas como desvantagens do hotel Alfa:

> *"Temos uma estrutura física limitada por se tratar de uma ilha, não estamos conseguindo expandir mais as instalações, também precisamos de pessoal qualificado para trabalhar e traçar um bom plano de marketing".*

Já o gerente da empresa Beta acha que precisa urgentemente de uma piscina porque ele quer instalar antes de seus concorrentes pra sempre se manter há frente da concorrência.

7.4 Recursos Organizacionais

Analisando os Recursos Organizacionais das empresas Alfa e Beta pode se chegar a muitas conclusões em comum, ou seja, a mesma visão é apresentada pelas duas empresas.

Quando analisada a estrutura administrativa dos hotéis já se percebe a primeira destas visões; em ambas as empresas há uma centralização total na tomada de decisões no gerente, na empresa Alfa, as decisões consideradas fora da rotina normal, e que exijam maior responsabilidade ainda são partilhadas com o proprietário, mas já na empresa Beta tudo gira em torno do gerente, é ele quem determina o que vai ser feito, por quem, como e quando.

Quanto ao planejamento das atividades, aparecem as particularidades da pequena empresa, ou seja, não há planejamento. Em ambas as organizações tudo acontece numa rotina que dificilmente é alterada, então as mudanças ficam somente quanto ao período que recebem mais ou menos clientes que interferem nas compras e no valor das diárias, mas necessariamente um planejamento não acontece e conseqüentemente como não há planejamento não há avaliações de resultados, fato que pode levar as empresas a estagnação por não acompanharem a evolução dos serviços.

Um plano de marketing também é uma coisa que não acontece, os investimento de marketing são direcionados para o publico do Sul do

Estado de São Paulo, contudo de maneira totalmente despretenciosa, sem uma estratégia definida, ocorre simplesmente para divulgar o nome da empresa, não aproveitando todas as possibilidades que o marketing pode oferecer, na verdade a intenção é mostrar a empresa para o cliente como um lugar diferente, aconchegante e agradável, no caso da empresa Beta a intenção é realmente apresentar como uma empresa familiar, mas não são utilizadas as estratégias que poderiam reverter em uma boa lucratividade.

Na visão dos gerentes é comum o ideal de que as empresas precisam melhorar e que há demanda de mercado para elas, o gerente da empresa Alfa ressalta:

> "nossa empresa tem muito campo para crescer, e muitas opções a serem exploradas, mas é necessário melhorar as condições de trabalho dos funcionários, pois conseqüentemente eles atenderão melhor os clientes, não basta apenas melhorar a estrutura, é preciso motivar, incentivar e valorizar o trabalho das pessoas".

O gerente da empresa Beta é mais direto:

> "sei que temos a melhor hospedagem de Carlópolis, mas preciso melhorar a estrutura do hotel e oferecer mais quartos"

Essa visão dos gestores reflete muito bem o papel que cada um exerce, o gerente da empresa Alfa é funcionário, e tem maior sensibilidade quanto as necessidade de seus colegas de trabalho. Já o gerente da empresa Beta é o proprietário da empresa, com isso seu foco é em um primeiro momento o crescimento e depois, conseqüentemente as condições de trabalho dos funcionários. Dentre as mudanças que ocorreram nestas empresas nos últimos anos a melhora da estrutura é o primeiro item apontado, mas não foi mencionado qualquer situação de melhora nas condições de trabalho dos funcionários, mas ambos acreditam que estas mudanças formaram um vantagem competitiva muito importante na hora da decisão do cliente.

Mas mesmo com suas visões de funcionário e de dono, é forte a consciência de que o desenvolvimento da região pode através do desenvolvimento de suas empresas.

"Com o crescimento de nossa empresa o Norte Pioneiro tem muito a ganhar, pois geramos uma boa quantidade de empregos, e a medida que formos crescendo a necessidade de novos profissionais vai fazer com que proporcionemos melhores condições de vida a varias famílias que hoje não tem uma fonte de renda" (Gerente da empresa Alfa)

"Com os impostos que recolho, bem como os demais empresários da cidade, esta possibilitando novos investimentos no turismo e a divulgação da cidade o que vem trazendo mais pessoas, é assim mesmo, uma ajuda o outro." (Gerente empresa Beta)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou compreender como as estratégias são adotadas com base na abordagem dos recursos, empregados por empresas hoteleiras do Norte Pioneiro, em busca de uma diferenciação frente á concorrência.

Tendo como partida a Abordagem Baseada em Recursos de Barney (1991) pode-se concluir que para enfrentar a concorrência que vem aumentando provocada pelos Programas Municipais de Turismo, estes proprietários gerentes observam os seus recursos internos, mas em sua maioria caracterizam-se em ações de natureza reativa.

Com relação aos recursos internos, destacam-se os recursos organizacionais, percebendo a semelhança que ambos os hotéis possuem. Existe uma centralização total na tomada de decisões nos dois hotéis. Já com relação aos recursos humanos, de capital humano ambos estão se preocupando com a busca da qualidade no atendimento.

Os recursos financeiros, a sua estrutura e planejamento não acontece e que pode dificultar ainda mais a visão panorâmica dos hotéis frente ás forças competitivas do ambiente externo.

Pode-se através da analise dos dados ainda verificar que os mesmos não possuem informações suficientes de conhecimento da sua atuação no mercado e seus concorrentes, podendo-se afirmar que os mesmos ficariam instáveis com relação a instalação de novos concorrentes.

Propõem-se um estudo de caso com esta abordagem de Barney em outros setores turísticos, como restaurantes.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABIH, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INDÚSTRIA DE HOTÉIS, http://www.abih.com.br/site.php. Acesso em 10/11/18.

BARBOSA. J.D.;TEIXEIRA.R.M. Gestão Estratégica nas Empresas de Pequeno e Médio Porte. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v. 10, nº 3, p. 31-42, julho/setembro 2003

BARNEY, Jay B. Firm resources and sustained competitive advantage. *Journal of management,* v. 17, n. 1, p. 99-120. Greenwich, 1991.

BARNEY, J. B. The resource-based theory of the firm. Organization Science, Linthicum, v. 7, nº. 5, p. 469, Set./Out. 1996.

BARNEY, J. B. Gaining and sustaining competitive advantage. Reading-Ma: Adisson Wesley, 1996.

BARNEY, JAY; WRIGHT, MIKE; KETCHEN, DAVID J. The resource based view of the firm: Tem years after 1991. Vol. 27, p. 625-641, 2001.

BENI, M. C. L. Análise estrutural do turismo. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

BURSZTYN,M Amazônia sustentável: uma estratégia de desenvolvimento para Rondônia 2020. Brasília: Edições IBAMA, 1999.

CARROL, G. R. & DELACROIX, J. Organizational Mortality in the Newspapaer Industries of Argentina and Ireland: na Ecological Approach. Administartive Science Quarterly.1982

CARLAND, J. W. et. Al. Differentiating Entrepreneures From Small Business Owner. Academy of Management Review, v.9, n.2, p.354-359, 1984

CAVALCANTI, K. B.; HORA, A. S. S. da. Política de turismo no Brasil. São Paulo: ECA-USP, 2002. v. 13, n. 2, p. 54-73.

CHATERJEE, S.; WERNERFELT, B. The Link Between Resources and Type of Diversification: Theory and Evidence. Strategic Management Journal, v. 12, p. 33-48, 1991.

COSSETTE,P. La vision stratégic du propriétaire-dirigeant de PME: étude de cartographie cognitive. Revue Internationale P.M.E. 1996

EMBRATUR. Anuário Estatístico EMBRATUR. Disponível em htpp// www.embratur.gov.br/ 2000. Acesso em 08/11/2018.

FILION, L.J. Empreendedorismo: Empreendedores e proprietários-gerentes de pequenos negócios. Revista de Administração, São Paulo, v.34, n.2, p.5-28, abr/jun., 1999.

FUSTER, L. F. Teoria y técnica del turismo. Tomo 1. Madrid: Nacional, 1974.

GIBB, A. & SOCTT, S. Strategic Awareness, Personal Commitment and the Process of Planning in the Small Business. Jounal of Managememnt Studies.1985

GIMENEZ, F.A. Escolhas estratégicas e estilo cognivito: um estudo com pequenas empresas. In: Encontro da Associação Nacional de Programs de Pós-graduação em Administração, 21, Anais. Rio das Pedras, Rj: ANPAD, 1997.

GRANT, R. M. The resource-based theory of competitive advantage: implications for strategy formulation. Califórnia Management Review, Berkeley, v. 33, nº. 3, p. 114-136, Primav. 1991.

HAYASHI JR, P. Recursos e competências nas mudanças de conteúdo estratégico em pequenas empresas de massas alimentícias: estudo comparativo de casos. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado em Administração) Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Administração da Universidade Federal do Paraná.

IGNARRA, L. R. Planejamento turístico municipal. São Paulo: CTI, 2000.

KAY,J. Fundamentos do sucesso empresarial: como as estratégias de negócios agregam valor. Rio de Janeiro: Campus, 1996

LADO A. A.; WILSON, M.C. Human resource systems and sustained competitive advantage: a competency-based perspective. Academy of Management. *The Academy of Management Review,* Mississippi State, Oct 1994.

LEASK, G. Strategic Groups And The Resource Based View: Natural Complements Enhancing Our Understanding Of Competitive Process. Aston Business School Papers. 2004.

LIMA, J.B. Temas de pesquisa e desafios da produção científica sobre PME. Revista de Estudos Organizacionais, Maringá/PR: DAD/CSA/UEM, v.1,n.2, jul-dez. 2000.

MASSUKADO, M. S. Recursos Organizacionais e Recursos Turísticos na Gestão Pública do Turismo: Os casos de Curitiba e Foz do Iguaçu. Curitiba, 2005. Dissertação (Mestrado em Administração) Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Administração da Universidade Federal do Paraná.

MILES, R.E.; SNOW, C.C. Organizational strategy, structure and process. New York: Me Graw-Hill, 1978

MINTZBERG, H. Crafting strategy. In: MINTZBERG, H.: QUINN, J.B. The Strategy process: concepts, contexts and cases. 3. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1996.

MINTZBERG, H; AHLSTRAND, B. W.; LAMPEL, J. Safari de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico. Porto Alegre: Bookman, 2000.

MORRIS, M.; SCHINDEHUTTE,M.& Allen, J. The entrepreneur's business model: toward a unified perspective. Journal of Business Research. 2005

OMT – Organização Mundial do Turismo. Turismo Internacional: uma perspectiva global, Porto Alegre: Bookman, 2003

OLIVEIRA, A. P. Turismo e desenvolvimento: planejamento e organização. São Paulo: Altas, 2000.

PENROSE, E. T. The Theory of the Growth of the Firm. *New York:* John Wiley, 1959.

PETERAF, M. A. The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View. Strategic Management Journal, v. 14, p. 179-191, 1993.

PORTER, M.E. Competitive strategy. New York: Free Press, 1980

ROBSON, C. Real world research: a resource for social scientists and practitioner researchers. Oxford: Blackwell, 1993.

ROBINSON, R. Forecasting and the small business: a study of the strategic planning process. Journal of Small Bussiness Management. 1979

RUGMAN, A. M.; VERBETE, A. Edith Penrose's Contribution to the Resource-Based View of Strategic Management. Strategic Management Journal, v. 23, p. 769-780, 2002.

TORRÈS, O. Les PME (Small and medium-sized businesses). Paris: Flammarion, 1999

WERNERFELT, B. A Resource-Based View of the Firm, Strategic Management Journal, v. 5, p. 171-180, 1984.

WILLIAMS, C. E. e TSE, E.C.Y. The relationship between strategy and entrepreneurship: the US restaurant sector, 1995

WHOELY, DOUGLAS & BRITTAIN, J. Organizational Ecology: Findings and Implications. Academy of Managemment Studies, 1986

YIN,R.K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001

POLÍTICAS PÚBLICAS, DESENVOLVIMENTO E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE E DA POBREZA NO BRASIL

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

Introdução

Indubitavelmente, e como há de ficar demonstrado no presente estudo, o Brasil, ao longo de sua história, sempre apresentou um cenário de patente desigualdade socioeconômica.

Quer se considere aspectos puramente econômicos, representados por indicadores como o Produto Interno Bruto (PIB) e a Renda *per capita*, quer se tenha por embasamento indicadores sociais atrelados à saúde, à educação, à moradia, à longevidade, dentre outros, tem-se que o cenário brasileiro é marcado por situações de desigualdade que ocasionam reflexos indeléveis para a sociedade como um todo e para o desenvolvimento nacional.

Em um panorama atual de globalização, no qual as inovações tecnológicas dão o tom e indicam a marcha em direção ao desenvolvimento, a inserção do Brasil no cenário mundial, altamente competitivo, passa obrigatoriamente pela discussão não só de questões e ajustes macroeconômicos, mas também da redução das desigualdades socioeconômicas e da pobreza.

O acesso à educação, à saúde, a condições adequadas de moradia, ao saneamento básico, dentre outros, assume posição de destaque para a promoção do desenvolvimento socioeconômico, pois, além de traduzir maior

bem-estar e justiça social, propicia a construção de bases mais adequadas e sólidas para que o Brasil possa vir a ocupar um papel de protagonismo no cenário mundial.

Desta feita, visa o presente artigo oferecer uma reflexão sobre a situação de desigualdade socioeconômica e de pobreza que permeia o Brasil, assim como lançar luz à relevância da elaboração e da implementação de políticas públicas na tarefa de promover o desenvolvimento nacional.

1. Crescimento, desenvolvimento e desigualdade

Preliminarmente, impende destacar que uma abordagem realista da desigualdade requer para a sua completude uma incursão, ainda que breve, nos conceitos de crescimento e desenvolvimento econômico, até porque os indicadores que apontam os níveis de desigualdade estão intrinsicamente ligados a esses dois conceitos.

A despeito da existência de várias correntes que tratam das similitudes e das diferenças entre crescimento e desenvolvimento econômico, a exata compreensão desses dois conceitos, assim como a sua diferenciação, permite uma avaliação mais lúcida e transparente da desigualdade.

Uma primeira corrente, por exemplo, mais teórica, encara o crescimento econômico como sinônimo de desenvolvimento econômico, na medida em que a ocorrência do crescimento econômico automaticamente promoveria um melhor padrão de vida e de desenvolvimento econômico. (SOUZA, 1999, p. 20).

Nessa linha, poder-se-ia afirmar que o padrão de vida de um país estaria relacionado à capacidade de produção de bens e serviços e, destarte, um Estado que pretendesse elevar o padrão de vida de sua população deveria adotar políticas que promovessem o aumento da capacidade produtiva do país, com estímulos à acumulação dos fatores de produção, garantindo-se, ademais, que os mesmos fossem empregados da forma mais eficaz possível. (MANKIW, 2014, p. 522-523).

Para uma segunda corrente, porém, o crescimento econômico é encarado apenas como uma variação quantitativa do produto, diferenciando-se, por conseguinte, do conceito de desenvolvimento econômico, posto que este último implicaria em alterações qualitativas do modo de vida das pessoas. (SOUZA, 1999, p. 21).

Interessante observar que Paulo Cesar Milone (2005, p. 485), por sua vez, mesmo traçando uma linha divisória clara entre crescimento e desenvolvimento econômico, na forma preconizada pela segunda corrente, salienta que o conceito de desenvolvimento econômico engloba indicadores quantitativos de níveis de produção nacional, alterações na composição da produção e na alocação dos recursos pelos setores da economia. Na sua visão, a caracterização do processo de desenvolvimento econômico implicaria, portanto, (i) no crescimento do bem-estar econômico, representado por indicadores econômicos; (ii) na redução dos níveis de pobreza, desemprego e desigualdade e (iii) na melhoria em quesitos como saúde, educação, moradia, nutrição e transporte.

De fato, a noção de desenvolvimento econômico deve ser encarada de forma mais ampla e abrangente que o conceito de crescimento econômico. Ainda que se considere o crescimento econômico como elemento integrante do desenvolvimento econômico, este abarca outros critérios e indicadores de mensuração qualitativa.

Na abordagem do tema, não se pode também deixar de mencionar o desenvolvimento sustentável que, na forma preconizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, consiste na busca de 17 (dezessete) objetivos: (i) erradicação da pobreza; (ii) fome zero e agricultura sustentável; (iii) saúde e bem-estar; (iv) educação de qualidade; (v) igualdade de gênero; (vi) água potável e saneamento; (vii) energia acessível e limpa; (viii) trabalho decente e crescimento econômico; (ix) indústria, inovação e infraestrutura; (x) redução das desigualdades; (xi) cidades e comunidades sustentáveis; (xii) consumo e produção responsáveis; (xiii) ação contra a mudança global do clima; (xiv) vida na água; (xv) vida terrestre; (xvi) paz, justiça e instituições eficazes e (xvii) parcerias e meios de implementação.

Não por acaso, o próprio texto constitucional pátrio elenca, nos incisos II e III do artigo 3º, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

E para a busca de tais objetivos, faz-se imprescindível a afirmação e a ampliação dos direitos fundamentais sociais, tidos como direitos humanos de segunda geração, disponibilizando-se, para tanto, recursos públicos suficientes e proporcionais aos problemas encontrados. (SCAFF, 2006, p. 2).

Nessa senda, acrescente-se que a concretização do desenvolvimento igualmente requer que se removam "pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos". (SEN, 2000, p. 18).

Claro está que a busca de uma maior igualdade é central para o desenvolvimento por duas razões principais. Primeiramente porque envolve políticas centradas em direitos, acolhendo, dessa forma, uma vocação humanista. Em segundo lugar, a igualdade também deve ser encarada como condição para um modelo de desenvolvimento calcado na inovação e na aprendizagem que, a seu turno, ocasiona efeitos positivos sobre a produtividade, a sustentabilidade econômica e ambiental, a difusão da sociedade do conhecimento e o fortalecimento da democracia e da plena cidadania. (CEPAL, 2018, p. 5).

Concluída essa breve exposição diferenciando crescimento e desenvolvimento e partindo-se da premissa de que a redução das desigualdades socioeconômicas se encontra intrinsicamente atada à promoção do desenvolvimento, serão apresentados no item seguinte alguns dos principais indicadores que atestam a situação de desigualdade presente no Brasil.

2. Panorama atual da desigualdade no Brasil

Diante da noção de que a mensuração do crescimento econômico se vale de indicadores quantitativos, pode-se afirmar que, para tal intento, o Produto Interno Bruto (PIB) e a renda, global e *per capita*, costumam ser amplamente utilizados.

O PIB mede o "valor monetário total dos bens e serviços finais produzidos para o mercado durante determinado período de tempo, dentro das fronteiras de um país" (MOCHÓN, 2007, p. 151). A renda nacional, por sua vez, se refere ao total dos rendimentos pagos aos fatores de produção, correspondendo, portanto, à soma de salários, aluguéis, juros e lucros, pagos em um determinado período. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 146).

Convém observar que tais métricas também são passíveis de serem calculadas de forma *per capita*, bastando, para tanto, que se proceda à divisão de seus totais pelo total da população.

Assinale-se, porém, que em países marcados pelo espectro da desigualdade, tanto o PIB, quanto a renda nacional, por si só, pouco contribuem para a apuração acurada da situação de desenvolvimento, notadamente se considerados aspectos sociais e de distribuição de renda.

A corroborar tal assertiva, basta considerar que, segundo dados do International Monetary Fund (2019), o Brasil ocupava, em 2018, dentre 194 países, a posição de nona maior economia mundial, em termos de PIB, estando inclusive à frente de países desenvolvidos como Canadá, Espanha, Austrália, Holanda e Suíça. Contudo, partindo-se para a consideração da vertente *per capita* do PIB, o Brasil cai para a septuagésima quinta posição.

No que tange à renda *per capita*, dados do IBGE (BRASIL, 2019), obtidos a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), apontam que o rendimento nominal mensal domiciliar *per capita* no Brasil, para o ano de 2018, foi de R$ 1.373,00, sendo certo que uma comparação entre as diferentes unidades da federação permite concluir a existência de uma grande disparidade de renda, principalmente entre as regiões centro-sul e norte-nordeste do país. Enquanto os estados do Maranhão e Alagoas encabeçam a lista dos estados com menor rendimento nominal, com valores mensais *per capita*, respectivamente, de R$ 605,00 e R$ 714,00, na dianteira dos Estados com maior rendimento nominal estão o Distrito Federal, com o valor mensal de R$ 2.460,00, seguido por São Paulo, com o valor mensal de R$ 1.898,00.

Além do aspecto regional, dados relativos aos anos de 2016 e 2017, divulgados pelo IBGE (BRASIL, 2018), na Síntese de Indicadores Sociais, apontam a existência de disparidades de renda entre os sexos masculino e feminino; enquanto homens auferem um rendimento médio de R$ 2.261,00, as mulheres recebem rendimentos médios de R$ 1.743,00. De igual modo, dados demonstram desigualdade de renda entre brancos, pardos e negros, na medida em que a população branca tem rendimento médio de 2.615,00, ao passo que a população negra e parda apresenta rendimento médio de R$ 1.516,00.

De outra monta, partindo-se para a abordagem de indicadores estritamente sociais, é possível se detectar profundas desigualdades tanto no que se refere às diferentes regiões brasileiras, como também no que respeita à cor ou raça.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), calculado pelo United Nations Development Programme (2018), por exemplo, ao considerar as métricas renda, educação e saúde, classificou o Brasil, em termos globais, no ano de 2018, na septuagésima nona posição.[1]

Ainda considerando-se o IDH, sob o aspecto regional brasileiro, dados obtidos no Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, em relação ao ano de 2010, indicam que o índice de desenvolvimento humano, mencionado no parágrafo precedente, não é uniforme e homogêneo, apresentando claras disparidades entre parte da região norte e a totalidade da região nordeste em relação às regiões centro-oeste, sudeste e sul do país.

Dados comparativos entre brancos e negros, apurados pelo Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, no que pertine ao IDH, igualmente são díspares, pois enquanto os brancos se enquadram no alto desenvolvimento humano (0,777), os negros se classificam no médio desenvolvimento humano (0,679).

No que diz respeito à pobreza, dados mensurados pelo IBGE (BRASIL, 2018) mostram que houve aumento da pobreza entre 2016 e 2017. Segundo parâmetros adotados pelo Banco Mundial, a proporção de pessoas pobres no Brasil que, em 2016, era de 25,7% da população (52,8 milhões de pessoas) passou a 26,5% (54,8 milhões de pessoas), em 2017. Já o contingente de pessoas na extrema pobreza, que era de 6,6% da população (13,5 milhões) em 2016 subiu para 7,4% (15,2 milhões) em 2017.

Diante do cenário supra delineado, indubitavelmente exsurge a importância do debate acerca do impacto da adoção de políticas públicas, efetivamente focadas na promoção do desenvolvimento, que levem em consideração a busca da melhoria do nível de renda e de bem-estar social, reduzindo-se as desigualdades e a pobreza.

3. Políticas públicas e sua relevância no combate à desigualdade e à pobreza

De início, partindo-se do conceito proposto por Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241), as políticas públicas corresponderiam a "programas

1 Os países classificados nas posições de 1ª a 58ª, com índices superiores a 0,8, foram considerado como detentores de muito alto desenvolvimento humano. Países com índices situados entre 0,7 e 0,8 – caso do Brasil (0,759) – foram considerados como sendo de alto desenvolvimento humano.

de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".

Destarte, tem-se que o processo de elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento, à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais e regionais assume importância inconteste.

Vale ressaltar que a melhoria das condições de vida, além de possibilitar maior inserção social, cria bases para uma participação política mais ativa, o que, em última análise, se traduz no exercício da cidadania e na conscientização da população quanto aos seus direitos e deveres, principalmente aqueles constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, partindo-se da premissa de que a cidadania e os direitos fundamentais se constituem no chamado "núcleo duro" de um Estado Democrático e Social de Direito, as políticas públicas assumem indubitável papel de destaque no debate político e jurídico. (SMANIO, 2013, p. 4).

Certamente, para alcançar os objetivos delineados, as políticas públicas pressupõem um encadeamento de atividades que envolvem planejamento, acompanhamento, mensuração de resultados, sem deixar de mencionar a necessária previsão orçamentária.

Nesse sentido, Clarice Seixas Duarte (2013, p. 25-26) esclarece que

> o processo de definição e implementação das políticas públicas envolve uma série de atividades e etapas distintas, dentre as quais podemos destacar: (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; (e) fiscalização e controle da execução da política pública por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

De igual modo, convém frisar que o planejamento e a implementação de políticas públicas, como manifestação da atividade estatal, estão intrinsicamente vinculados à reserva orçamentária de recursos que, por sua vez, são limitados e até, por vezes, escassos.

É dizer, enquanto se preconiza que um Estado Democrático e Social de Direito deva garantir aos cidadãos a fruição de direitos constitucionalmente assegurados, não se pode deixar de considerar que aludidos direitos apresentam custos e que a própria implementação de políticas públicas, via de regra, demanda recursos oriundos do orçamento público. Esse fato ocasiona a dicotomia entre a garantia do mínimo existencial, que corresponde ao oferecimento de condições mínimas para que se assegure o exercício de uma vida digna, e a reserva do possível que diz respeito à impossibilidade de materialização extensiva e integral de direitos face à limitação de recursos orçamentários. Tal tema, inclusive, tem suscitado amplo debate nos meios jurídicos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais

Sobre a matéria, convém trazer a lume, elucidativo acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 — DF, no qual se analisou a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". No citado acórdão, o Ministro Relator Celso de Mello assim se manifestou:

> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.
>
> [...]
>
> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

> É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Ora, ainda que diante da insuficiência de recursos orçamentários, não pode o Estado paralisar a sua ação, competindo-lhe, pois, programar-se no tempo, com o fito de obter receitas e otimizar seus gastos, aplicando, para tanto, a proporcionalidade na distribuição dos recursos. (CANELA JUNIOR, 2013, p. 232-233).

Além disso, a limitação de recursos orçamentários acaba suscitando a discussão acerca das políticas públicas consideradas prioritárias, sendo certo que, nesse caso, não se pode perder de vista o peso exercido por fatores políticos.

Nessa perspectiva, pondera Regis Fernandes de Oliveira (2014, p. 6) que

> a aplicação das políticas públicas depende da verificação dos valores encampados pelo partido de sustentação do governante, de seus ideais políticos, das ingerências econômicas que lhe dão base, enfim, de uma série de fatores que não estão nas normas, mas no íntimo de pessoas e entidades.

No mesmo sentido, é possível asseverar que as políticas públicas resultam efetivamente de

> um intrincado processo de pressões políticas exercidas por grupos da sociedade civil, bem organizados e influentes politicamente, e das predisposições políticas do governo em se sensibilizar acerca dessas pressões. Esses grupos são detentores de agendas bem de-

> senvolvidas e de redes de comunicação estabelecidas que permitam influenciar os tomadores de decisões dos Poderes Executivos a alocarem recursos e executarem políticas publicas de governo nos três níveis de poder: o federal, o estadual e o municipal. (MENDES, 2010, p. 5)

Como visto, a adoção e a implementação de políticas públicas está longe de ser uma tarefa isenta de desafios. Pelo contrário, ações governamentais dependem da superação de certos entraves, quer de fulcro orçamentário, quer no âmbito dos interesses políticos e, nessa seara, se faz imprescindível a participação da sociedade, como elemento atuante nesse processo, seja cobrando os entes políticos, seja fiscalizando as medidas adotadas.

Fato é que a promoção do desenvolvimento nacional, com a redução das disparidades socioeconômicas e da pobreza é premente, urgente e necessária, não apenas porque tais objetivos se encontram insculpidos no texto constitucional, mas principalmente com o fito de proporcionar bem-estar social, garantindo-se o acesso da população a condições adequadas de saneamento e moradia, à fruição de serviços de saúde e educação de qualidade, à garantia de segurança, sem se esquecer, ademais, que medidas macroeconômicas que incentivem a realização de investimentos produtivos e de infraestrutura são capazes de criar cenário propício à criação de empregos.

Portanto, políticas públicas com foco em direitos sociais e em ações afirmativas, bem como políticas macroeconômicas dimensionadas de modo a garantir o crescimento econômico, são essenciais para a promoção do desenvolvimento socioeconômico e para a redução da pobreza.

Não é demasiado afirmar que a redução da desigualdade e da pobreza, bem como a possibilidade de acesso à educação e a melhores condições de vida, é medida crucial, notadamente em se considerando o cenário da Indústria 4.0, que demandará um conjunto de competências técnicas como premissa para a inserção das pessoas no mercado de trabalho.

Como postula Hélio Jaguaribe (2005, p. 115), a busca do desenvolvimento requer o atendimento de algumas condições nos planos político, social, cultural e econômico. No plano político, deve-se elevar o nível de representatividade eleitoral e o nível de governabilidade do Estado. No

plano social, por sua vez, deve-se reduzir significativamente a taxa de desigualdade, enquanto no plano cultural, a meta deve ser a elevação da qualidade de ensino, introduzindo-se, ademais, reformas no sistema universitário, para que se promova um programa de desenvolvimento científico e tecnológico. Por fim, no plano econômico, a recuperação e expansão da infraestrutura e a promoção da diversidade e modernização do sistema industrial são objetivos que se deve perseguir.

Por derradeiro, convém assinalar que pesquisas realizadas pelo IPEA (2010, p. 9) apontam que a atual Constituição foi efetivamente responsável por grandes avanços no combate à pobreza e à desigualdade devido à estruturação de políticas públicas direcionadas à saúde, à educação, à assistência e previdência, à infraestrutura social e trabalho, dentre outros eixos.

Entretanto, há ainda muito que se fazer quando o tema é promoção do desenvolvimento socioeconômico e, nesse cenário, a atividade estatal direcionada mediante políticas públicas adequadamente formuladas e implementadas assume inegável relevância.

Conclusão

Como demonstrado ao longo desse trabalho, o Brasil é evidentemente um país marcado por desigualdades em inúmeros setores.

Quer se considere a renda, quer se tome por base indicadores sociais, fato é que há muito por fazer, inclusive no que respeita à redução da pobreza.

Diante do exposto, exsurge assim a inexorável urgência de se elaborar políticas direcionadas à promoção de uma maior igualdade, incluindo-se, nesse escopo a oferta de maiores oportunidade de acesso à educação, à saúde, à moradia, ao saneamento básico, dentre outros direitos básicos e necessários à promoção da dignidade humana e, em última análise, ao exercício da cidadania.

Nem se diga sobre a necessidade de se sanear a economia para recolocar o Brasil na rota do crescimento econômico, promovendo-se ademais reformas inadiáveis.

Não é demais afirmar que diante da Indústria 4.0, em um cenário mundial altamente globalizado, a inserção do Brasil como país protagonista, requer uma reflexão acerca da busca do desenvolvimento sustentável

que, como dito, engloba não apenas aspectos econômicos, mas igualmente fatores sociais.

Portanto, a missão direcionada à redução da desigualdade aliada com o desenvolvimento sustentável não é tarefa simples, mas torna-se inadiável, não apenas sob o ponto de vista econômico, mas principalmente, sob o prisma humanista.

Referências

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO BRASIL. **Consulta**. Disponível em: http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/consulta/. Acesso em 02 out. 2019.

_____. **Ranking**: todos os estados (2010). Disponível em: http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking. Acesso em 02 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. IBGE. **IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2018**. Brasília, DF, fev. 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23852-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2018. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017. Brasília, DF, dez. 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala--de-imprensa/2013-agencia-de-noti cias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento -da-pobreza-entre--2016-e-2017. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. IPEA. **Comunicado da Presidência nº 38**: pobreza, desigualdade e políticas públicas. Brasília, DF, jan, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/100112_comunicadoipea38.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível": dimensionamento no controle judicial de políticas publicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 225-236.

CEPAL. **La ineficiencia de la desigualdad**. La Habana: CEPAL, 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43566/1/S1800302_es.pdf. Acesso em 20 set. 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **World Economic Outlook Database**, Washington, United States of America, apr. 2019. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2019/01/weodata/weoselgr.aspx. Acesso em: 02 out. 2019.

JAGUARIBE, Hélio. O desenvolvimento do Brasil: prazos e condições. *In*: CASTRO *et al*. (org.). **Brasil em desenvolvimento 2**: instituições, políticas e sociedade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 105-119.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

MENDES, Ana Maria Coelho Pereira *et al*. Politicas públicas, desenvolvimento e as transformações do estado brasileiro. *In*: SILVA, Christian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edmílson de (org.). **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5-34.

MILONE, Paulo Cesar. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. *In*: PINHO, Diva Benevides; VAS-

CONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Manual de economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 483-499.

MOCHÓN, Francisco. **Princípios de economia**. Tradução Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Extrafiscalidade. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, set. 2013/fev. 2014. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=106608. Acesso em: 25 set. 2019.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html. Acesso em: 15 set. 2019.

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. **Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 39, ano 8, set/out. 2006 Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=47566. Acesso em: 25 set. 2019.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-15.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human development reports**: 2018 statistical update, New York, United States of America, 2018. Disponível em: http://www.hdr.undp.org/en/2018-update. Acesso em: 02 out. 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO SOCIAL DO PRÉ-SAL PARA O FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO

Guilherme Marinho de Araújo Mendes

1. INTRODUÇÃO

O Desenvolvimento representa um valor supremo estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal. Nos ditames do seu art. 3°, inciso II, o desenvolvimento é positivado como um objetivo fundamental da República e como tal, cabe o Poder Público atuar para atingir esse fim.

Dentre as formas de atuação do Estado visando o desenvolvimento, as políticas públicas são instrumentos estruturados sistematicamente para alcançar um determinado fim social de maneira eficaz. Isso porque o ciclo de composição de uma política pública – identificação de problema, criação de uma agenda, formulação, implementação e avaliação – permite um conjunto controlado de ações em constante aprimoramento, sinônimo de transparência e foco no objetivo.

Assim como a própria manutenção da existência do Estado, as políticas públicas necessitam de fontes de financiamento para existirem e gerar os resultados esperados, principalmente por se tratar de algo a longo prazo, uma atuação continuada e de reflexão cíclica.

Das diversas maneiras de custeio, há institutos como o da vinculação de receitas e o da não afetação que são discutidos visualizando os impactos possíveis na eficiência de políticas públicas, bem como dos próprios resultados da ação estatal.

O presente artigo objetiva apontar a importância da vinculação dos recursos do Fundo Social do Pré-sal para a promoção de políticas públicas e a relação destas com o objetivo constitucional do desenvolvimento, apresentando as vantagens e desvantagens da reserva orçamentária.

Com a descoberta das camadas do Pré-sal, o debate público assumiu proporções no campo econômico, político e social para obter uma regulamentação do novo potencial energético, uma nova realidade, resultando na criação da Lei nº 12.351/10, denominada Lei do Pré-sal.

O termo Pré-sal diz respeito a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial prolífero, sendo utilizada essa expressão pelo fato de existir uma extensa camada de sal que pode chegar a até 2 quilômetros de espessura. As rochas, ao longo do tempo foram depositadas antes dessa camada de sal que podem alcançar mais de 7 mil metros (PETROBRAS, 2019).

O que antes era regido pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97), sob regime de concessão, deu espaço a uma nova regulamentação, de uma área específica, através da Lei nº 12.351/10. Entre os destaques trazidos pela nova regulamentação, pontua-se o novo regime jurídico de exploração, o regime de partilha de produção, e a criação do Fundo social do Pré-sal para financiar áreas sociais.

O Fundo social pode ser visto como uma fonte de custeio de políticas públicas em áreas sociais previstas na Lei do Pré-sal (art. 47), caracterizado pela vinculação. Genericamente, já que a Lei nº 12.351/10 não determina um percentual ou montante do Fundo Social com respectivo destino, áreas como educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia e meio ambiente podem receber recursos desse fundo, há a vinculação geral onde deve-se gastar.

Todavia, a Lei nº 12.858/2013, três anos após a edição da regulamentação do Pré-sal, destinou de forma vinculada 50% do Fundo Social à saúde e educação. Enquanto isso, no Poder Legislativo tramita outras propostas de lei no sentido de fixar o percentual do Fundo à determinada área do rol do art. 47.

Este trabalho pretende discutir através do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, a importância da vinculação ou não dos recursos como promoção de desenvolvimento através de políticas públicas.

Nesse contexto, o debate sobre o que se entende por desenvolvimento, em especial na Constituição Federal, e como se relaciona com as políticas públicas, forma contribuição para justificar uma tomada de decisão política.

2. A REGULAMENTAÇÃO DO PRÉ-SAL E A CRIAÇÃO DO SEU FUNDO SOCIAL: LEI nº 12.351/10

Com a descoberta do Pré-sal em meados de 2006, os impactos econômicos, políticos e sociais levaram à promulgação da Lei nº 12.351/10 (Lei do Pré-sal), destacando-se a exploração da área sob o regime de partilha de produção e a criação do Fundo Social.

Diferente do regime jurídico de concessão regulamentado pela Lei nº 9.478/97, no regime de partilha, o Estado é proprietário exclusivo do petróleo extraído, cabendo ao contratante exercer a atividade exploratória assumindo os riscos e custos em troca de uma parte do petróleo extraído (caso a exploração não seja rentável, não haverá ressarcimento às exploradoras).

A normatização do Pré-sal atenta à uma dimensão de maior repercussão social da exploração de petróleo: a Lei nº 12.351/10 também trouxe a criação do Fundo Social do Pré-sal. De acordo com o art. 47 da Lei do Pré-sal, o Fundo Social é de natureza contábil e financeira, o qual possui a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento.

Os incisos do art. 47 detalham em quais áreas as políticas públicas devem ser implementadas objetivando o desenvolvimento e o combate à pobreza: educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

O art. 48 da Lei nº 12.351/10 elenca os objetivos do Fundo Social, dentre os quais é constituir poupança pública de longo prazo e fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional. Fica evidente a congruência sistêmica entre Constituição Federal, efetivação de direitos fundamentais e instrumentalização via políticas públicas na criação do Fundo Social do Pré-sal.

As fontes de recursos que abastecem o Fundo Social do Pré-sal encontram-se positivadas no art. 49 da Lei nº 12.351/2010: parcela composta por *royalties* (deduzidas as outras vinculações com previsões normativas)

e bônus de assinatura, ambos oriundos dos contratos de partilha de produção, *royalties* e a participação especial nos contratos sob regime de concessão da área de Pré-sal; receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em Lei; os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades e outros recursos destinados ao Fundo Social por Lei.

Os *royalties* se tratam de uma compensação financeira devida ao Estado, incidente sobre o valor de produção (A Lei do Pré-sal fixa em 15% a alíquota). Enquanto o bônus de assinatura é o valor pago pela empresa exploradora na hora de assinar o contrato, valor esse definido durante a licitação, como um dos critérios para vencer o leilão (JESUS, 2014).

Por sua vez, a participação especial é uma espécie de compensação financeira de caráter extraordinário nos casos de grande volume de produção, de fiscalização trimestral e incidência de alíquotas progressivas. Também cabe destacar que o valor arrecadado da participação especial possui diversos destinos vinculados além do Fundo Social (JESUS, 2014).

A exploração do petróleo, um bem não renovável, pertencente à União, deve ser aproveitada não só do ponto de vista econômico, mas em prol da sociedade como um todo. Deve servir ao interesse público, à evolução social e não apenas para poucos: o que justifica um Estado regulador para dar eficácia ao direito fundamental do desenvolvimento a todos (GUIMARÃES; NEGREIROS, 2014).

Não obstante o financiamento de políticas públicas em áreas socias essenciais, ao pensar em uma forma de poupança a longo prazo, o legislador pensou em estender às gerações futuras os benefícios de um recurso esgotável (sustentabilidade). Este modelo corrobora com a concepção de desenvolvimento e com a própria Constituição Federal.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal, logo no Preâmbulo, faz menção ao desenvolvimento. Observa-se que o desenvolvimento se torna um fim primário do Estado Democrático de Direito, com *status* elevado, ao lado da Justiça, igualdade, liberdade, bem-estar social, ou seja, figura como um dos "valores supremos" (como o próprio Constituinte denomina).

Consolidando a ideia esculpida no Preâmbulo, tem-se o desenvolvimento assumindo a dimensão de objetivo fundamental da República conforme o art. 3º, inciso II da Constituição Federal.

Este objetivo fundamental representa uma norma programática, enunciando aos poderes públicos o dever de atuar no sentido de alcançar este fim, sendo as políticas públicas parte do acervo instrumental do Estado (MORAES, 2005).

A Constituição Federal determina as diretrizes nas quais o desenvolvimento nacional deve-se pautar para tornar a sociedade mais equilibrada, justa, igualitária. Os direitos sociais como o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados estão esculpidos na Constituição Federal (art.6º) e compõem seguramente a noção de desenvolvimento.

Não basta existir uma norma escrita afirmando que um determinado direito deve ser protegido, ainda que tal norma esteja contida no bojo constitucional. É necessário efetividade, concretude, de forma que a tutela constitucional seja viabilizada, que realmente os efeitos produzidos pela norma cheguem até o cidadão (BULOS, 2008).

O Estado, por meio das autoridades competentes, deve implementar programas ou políticas públicas para viabilizar o que preceitua a Constituição Federal. Por outro lado, além da elaboração de políticas públicas, é necessário analisar todo o processo de formulação, fiscalização e implementação com vista na eficiência e o atendimento ao objetivo constitucional do desenvolvimento.

3.1. A CONCEPÇÃO DE DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento era um fenômeno tradicionalmente entendido como sinônimo de crescimento econômico. Todavia, historicamente houve uma mudança de paradigma, sendo importante discorrer sobre essa diferenciação.

Como esclarece Eros Grau (2014), o crescimento é o aumento unicamente do aspecto econômico de um Estado, enquanto o desenvolvimento engloba tal crescimento econômico e mudanças em fatores sociais, intelectuais e culturais.

Fabio Nusdeo (2001) observa que o PIB brasileiro (total) sempre esteve por volta dos 15 maiores do mundo, no entanto, isso não fez com que Brasil pudesse ser classificado entre os 15 países mais desenvolvidos do mundo. Um dos principais elementos que diferencia o desenvolvimento de crescimento é a sustentabilidade do fenômeno.

O crescimento pode ser causado por um surto, gerando aumento da produção e consumo durante um determinado momento, por consequência, reflete no aumento do PIB. Porém nada impede que estes fatores diminuam e a situação retorne ao estado anterior ou pior, regredindo (oscilações e recessão). Isso é tão verdade que é bastante comum variações na economia. Já o desenvolvimento gera resultados duradouros que consolida aprimoramentos na estrutura do país e nos mais variados setores sociais. Este fenômeno é capaz de produzir efeitos na geração atual e nas futuras (NUSDEO, 2001).

Bercovici (2003) assinala que o simples crescimento sem efetivo desenvolvimento, não gera uma alteração nos pilares econômicos e sociais, trata-se apenas de uma modernização. Assim, fica descontextualizada a utilização de PIB ou da renda per capita como fatores para mensurar o desenvolvimento de uma nação.

Para Amartya Sen (2008) o desenvolvimento tem relação direta com as liberdades individuais: ao mesmo tempo em que a liberdade é um fim alcançado através do desenvolvimento, é o meio principal deste. Conforme o autor, o desenvolvimento possui a liberdade como elemento central por razões avaliatórias e de eficácia. De acordo com a razão avaliatória, ao analisar (avaliar) um progresso deve-se verificar se houve expansão da liberdade das pessoas, enquanto a razão de eficácia refere-se à relação entre o desenvolvimento e a condição de liberdade de atuação que o indivíduo tem.

Sem dúvida, a expansão da liberdade torna o indivíduo com maior capacidade de atuar nas questões políticas e econômicas, contribuindo para instauração de uma democracia econômica a qual é caracterizada pela igualdade de oportunidades sociais, distribuição de renda equilibrada, garantia das condições básicas de existência (alimentação, saúde, educação etc.) e bem-estar social. Nesse cenário, há participação real do cidadão na construção de uma nação desenvolvida (SEN, 2008).

É possível verificar que países com baixo grau de desenvolvimento se deparam frequentemente no campo da saúde com subnutrição, fome, es-

cassez, doenças e mortes prematuras. Contam ainda no âmbito mais geral com baixo índice de alfabetização, pouca participação política, restrições na liberdade de expressão, ausência de efetividade de direitos e garantias fundamentais, ou seja, privações à liberdade (SEN, 2008).

Na visão de Celso Furtado (2000) o desenvolvimento é caracterizado pelo aumento da eficácia do sistema de produção social, suprimento das necessidades básicas da população e a consecução os objetivos determinados pelos dirigentes da sociedade (nesse ponto, a visualização da Constituição Federal como pacto social maior é essencial).

Logo, é possível compreender a ideia de desenvolvimento como um fenômeno abrangente que pressupõe não só o crescimento econômico como também uma melhoria social, intelectual e cultural, caracterizado pela sustentabilidade e continuidade, promovendo a expansão das liberdades (capacidades) que as pessoas desfrutam.

É possível ainda pensar na concepção de um "direito ao desenvolvimento", sendo fundamental à pessoa humana. A Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabelece no âmbito internacional a declaração sobre o direito ao desenvolvimento e reconhece em seu art. 1º que:

> O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Neste ponto, o que embasaria constitucionalmente o direito ao desenvolvimento seria o art. 5º, §2º da Constituição Federal, elevando implicitamente tal direito a status de direito fundamental. Dessa forma, o desenvolvimento assume a dimensão jurídica de direito fundamental no ordenamento pátrio, ao passo que no cenário internacional, o desenvolvimento é um direito humano de terceira geração (dentro do direito de solidariedade), devendo os Estados promovê-lo e efetiva-lo.

3.2. FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO

A relação direta entre Constituição Federal e políticas públicas está na viabilidade de efetivação de direitos fundamentais. As políticas públi-

cas formam um instrumento necessário e eficaz para concretizar o que preceitua a Constituição Federal, dar vida ao projeto de uma sociedade e atingir o desenvolvimento.

Uma política pública pode ser conceituada como um conjunto de ações do Estado sistematizadas para atingir um objetivo específico, seja diretamente ou por delegação, impactando na vida do cidadão (LYNN, 1980 *apud* SOUZA, 2006). Através da decisão política, é definido o que o Estado vai fazer ou não fazer para resolver demandas sociais (DYE, 2011).

As políticas públicas giram em torno das questões quem ganha o quê, o porquê e que diferença faz (Celina Souza, 2006).

Esse conjunto de decisões e ações estatais que objetivam dar respostas as demandas sociais e de interesse público (SILVA, 2004), permite o cidadão ver o Estado em movimento, agindo através da implantação de projetos específicos e finalidades direcionadas em conformidade com a Constituição Federal (HÖFLING, 2001).

Para tanto, o Estado dispõe de toda uma estrutura administrativa, institucional, recursos humanos e recursos financeiros para a própria manutenção existencial e para a consecução de resultados esperados pela sociedade.

O passo a passo para conceber uma política púbica envolve identificar um problema, definir uma agenda, formulação propriamente dita e legitimação. O próximo estágio é a implementação e avaliação, fechando um ciclo (SILVA, 2012).

No processo inicial, da identificação do problema até a formulação, várias alternativas são identificadas como possível resposta da demanda específica, iniciando um debate para ser feita a escolha política para a definição da atuação estatal (FREY, 2000).

Posteriormente, a fase de implementação situada entre o planejamento da política pública e os resultados da ação estatal, trata-se da execução do que foi planejado visando os objetivos e metas previamente definidos (SILVA; MELO, 2000).

Em virtude do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, o administrador tem estrita atuação de acordo com a lei, não podendo atuar fora dela ou sem mandamento legal permissivo (MELLO, 2016). Logo, pode-se entender que a elaboração de uma política pública, também é uma elaboração normativa jurídica.

A Constituição Federal é a principal norma que legitima a formulação de uma política pública. Por sua vez, a política pública é uma ferramenta eficaz para promover o desenvolvimento pretendido na Constituição Federal.

4. A VINCULAÇÃO DE RECURSOS: FUNDO SOCIAL DO PRÉ-SAL E EXEMPLOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O instituto jurídico da vinculação de receitas pode ser definido como um liame jurídico entre receitas e um uso específico, estrito (SCAFF, 2016).

A vinculação é uma exceção do princípio da não afetação contido no art. 167, IV da Constituição Federal. A regra geral é que as receitas não tenham vinculação, sendo função do legislador orçamentário fixar os parâmetros que o Poder Executivo irá dispor para implementar o programa do governo.

Na própria Constituição Federal há a previsão da flexibilização do princípio da afetação, como por exemplo em relação à saúde e à educação. A ideia do legislador Constituinte era reservar um percentual mínimo para financiar a efetividade de direitos sociais, vinculando receitas à serviços.

A Emenda Constitucional nº 86 de 2015, alterou o art. 198, §2º, inciso I da Constituição Federal no sentido de prever expressamente que no caso da União, a vinculação de receita corrente líquida deve ser empregada nas ações e serviços públicos de saúde, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento).

Na previsão constitucional para a educação, o art. 212 da Constituição Federal determina que a União anualmente aplicará pelo menos 18% (dezoito porcento); e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no mínimo 25% (vinte e cinco porcento) da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Desde a concepção, o Fundo Social possui a vinculação às áreas sociais definidas no rol do art. 47 da Lei nº 12.351/2010, ainda que de forma genérica, vez que o legislador não determinou o montante (em porcentagem) destinado a cada uma das sete áreas previstas. Todavia, em 2013, três anos depois da promulgação da Lei do Pré-sal, houve a criação da Lei

nº 12.858/2013 vinculando 50% do Fundo Social à saúde e educação. A importância dessa lei foi dar clareza ao destino e contornos quantitativos para disponibilização em prol do financiamento de políticas públicas.

Em junho de 2019, aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara, o Projeto de Lei nº 5876/2016 objetiva vincular 25% de recursos do Fundo Social para ciência e tecnologia (já está em fase conclusiva aprovado em diversas comissões, aguardando apenas a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania).

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 4.342 de 2019, determina a destinação de 15% do Fundo Social para o esporte em escolas públicas de educação básica.

Afinal, quais são as vantagens e desvantagens da vinculação de receitas e como isso impacta no fomento de políticas públicas pelo Fundo social do Pré-sal?

4.1 VANTAGENS DA VINCULAÇÃO

Teoricamente, é possível verificar as vantagens da vinculação de recursos com a finalidade de atender áreas estratégicas da sociedade. Um benefício da vinculação é a possibilidade de visualização clara da conexão entre arrecadação e serviço prestado, abrindo margem para mecanismos mais eficazes de transparência. Permite ver o quanto de recurso está sendo destinado de forma fixa e quanto pretende ser gasto.

Margaret Wilkinson (1994) vai além e entende que isso não só melhora a fiscalização como faz a abertura para a participação democrática no gasto público (um mecanismo de orçamento participativo, por exemplo).

Há um reforço da ideia entre contribuição e reversão em benefícios para o cidadão e, no âmbito da gestão pública, uma tendência de estimular a probidade administrativa no manejo desses recursos.

A partir da vinculação, a certeza de destinação de recursos para uma área específica, viabiliza o planejamento de políticas públicas com melhor detalhamento e a longo prazo. Isso porque há uma estabilidade no fluxo de investimentos para efetivar programas, sem interrupções ou oscilações que podem gerar impactos negativos e perdas. Nessa perspectiva, a vinculação gera mais certeza que um projeto será concluído, contribui com a eficiência e melhores resultados.

A crítica quanto à redução da discricionariedade na gestão do Poder Executivo ou engessamento é contraposta quando Dino Jarach (1996) aduz que a vinculação faz uma blindagem contra a possibilidade de arbitrariedade e caprichos de quem detém o poder (principalmente pelo fato do exercício do poder desse administrador ser temporário e limitado através do mandato). Ou seja, a vinculação neste ponto teria um caráter também pragmático e não negativo por si só.

José Martinho Simões (1920 *apud* CARVALHO, 2010) afirma existirem inúmeros benefícios dos quais, a partir da impressão da efetiva alocação de recursos, os cidadãos estarão mais confortáveis para contribuir, existindo um "efeito psicológico". Na verdade, sem a vinculação, o caráter geral e abstrato da utilização do que o Estado arrecada, gera uma desconfiança de como será empregado o recurso: em prol egoisticamente da própria classe política ou em prol da sociedade? Esse questionamento, na visão do autor, seria decorrente de um "egoísmo natural" do contribuinte. Logo, a vinculação gera um impacto na concepção de legitimidade que embasa a atuação e existência do Estado.

Quando há a expressa afirmação legal que da receita auferida uma parte necessariamente vai para uma determinada área, há uma dimensão simbólica: essa área é prioritária para a sociedade e deve ser desenvolvida, tudo em conformidade com a Constituição Federal e a necessidade de efetivação desta.

A reserva de recursos tem o condão de criar compulsoriamente uma poupança com destino certo, qual seja, uma área prioritária para a sociedade e Estado. Isso tem forte poder de justificativa para conferir legitimidade à uma política pública e protege recursos de vícios de origem política.

Quando se transporta esse debate para o caso do Fundo Social do Pré-sal, não se pode desconsiderar as áreas que os recursos serão destinados e o contexto socio-histórico brasileiro.

Exemplificando com a educação, os dados revelam baixa qualidade. Segundo os dados divulgados pelo Ministério de Educação, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) entre os anos de 2011 e 2015 atingiu a média 3,7 (a meta era de 4,3), avançando apenas 0,1 até 2017 (3,8), sendo que a meta daquele ano era 4,7 (BRASIL, Ministério da Educação, 2018).

Em nível internacional, o Programa Internacional de Avaliação de Alunos (*Programme for International Student Assessment – PISA*) evidenciou

em 2015 que o Brasil está na posição entre 59 a 66, a depender da disciplina, dos quais 73 países foram avaliados. O que pode considerar a educação brasileira como de qualidade ruim (SASSAKI; PIETRA; FILHO; KOMATSU; 2018).

Conforme demonstrado, *a priori*, a vinculação de recursos pode contribuir na melhor formulação de políticas públicas voltadas para educação por causa da estabilidade de fluxos (certeza de reserva), planejamento a longo prazo, maior transparência na gestão (fiscalização) e maior legitimidade na arrecadação pois é sabido qual será o destino.

A vinculação orçamentária à Ciência e Tecnologia, sugerida no PL 5876/2016, busca o desenvolvimento desta área estratégica, para resultar em inovação, especialização de mão-de-obra, infraestrutura.

É característica típica de países subdesenvolvidos a dependência econômica, financeira e tecnológica do exterior mais desenvolvido. Neste sentido, para Celso Furtado (2009), uma economia subdesenvolvida mesmo em período em que cresce o PIB e a renda per capita, a dependência de economias externas e as diferenças internas persistem. A vinculação proposta pelo projeto de lei visa fortalecer a ciência e tecnologia nacional a ponto de reduzir essa dependência, a longo prazo.

4.2 DESVANTAGENS DA VINCULAÇÃO

Levando em consideração a solenidade que deve ser cumprida para alterar uma lei, o processo legislativo dificulta a mudança na alocação de recursos, reduzindo drasticamente o dinamismo necessário para gerir as arrecadações. O custo político para essa alteração, principalmente em se tratando de uma alocação antiga, é alto e o próprio processo legislativo é demorado, dependendo de vários atores, quando tipicamente seria função do administrador (GIACOMONI, 2010).

Frisa-se ainda quando a vinculação está contida no bojo constitucional, que pela rigidez da Constituição Federal, a dificuldade é acentuada (além do quórum e procedimento propriamente dito, o debate abrange a nação).

Se há o "efeito psicológico" positivo da vinculação por parte do contribuinte ao saber que arrecadação vai para uma área importante socialmente, a desvinculação implica dizer que aquele valor sairá de uma deter-

minada área importante para o orçamento geral, genérico e abstrato. Mais uma vez, é evidenciado o alto custo político da tomada de decisão, no entanto, essa alternativa pode ser o meio necessário para sanar eventuais crises ou simplesmente para impedir o aumento de tributos.

Ao vincular, em contexto de crises, a tendência é de criar ou aumentar tributos para manter a existência regular do Estado ou do serviço público, já que uma parcela significativa já está com destino comprometido, com dificuldade de alteração. Nesse tipo de cenário, a vinculação pode prejudicar o dinamismo de alocação e agravar a crise (CÂMARA, 2008).

A Administração Pública necessita de certo grau de discricionariedade para desempenhar suas atribuições, o que a vinculação reduz a ponto de criar amarras orçamentárias, engessamento no gasto público, eventualmente desconsiderando a complexidade das demandas sociais (SANCHES, 2002).

Reservar determinada receita também não implica dizer que o montante disponível será bem gasto, de forma eficiente como determina a Constituição Federal. O simples dever de gastar pode gerar distorções tanto na atuação estatal e na gestão pública quanto na própria alocação de recursos (FURTADO, 2008).

A priorização do argumento em prol da vinculação tem forte apelo quantitativo, no entanto, o aspecto qualitativo depende de gestão e a obrigatoriedade de gastar não se traduz em eficiência.

O caso do apelo meramente quantitativo pode ser visto também na educação brasileira. Segundo dados do Ministério da Educação, em 2002, o orçamento da área era de R$ 14 bilhões; em 2012, chegou aos R$ 48 bilhões; em 2016, R$129,96 bilhões; e em 2017 alcançou 138,97 bilhões (BRASIL, Ministério da Educação, 2017). Apesar do aumento de investimento, ano após ano, a qualidade da educação brasileira não apresentou melhora qualitativa, consoante aos dados já demonstrados do IDEB e do PISA, houve estagnação.

5. CONCLUSÃO

A regulamentação do Pré-sal objetivou incluir no tratamento normativo um legado para a sociedade brasileira através da exploração do petróleo. Nada mais justo, em se tratando de um recurso esgotável e com

grande repercussão econômica, pensar na democratização dos ganhos e nas próximas gerações.

O Fundo Social do Pré-sal além de contemplar o financiamento para políticas públicas nas áreas de educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e mitigação e adaptação às mudanças climáticas (art. 47 da Lei do Pré-sal); compõe uma poupança pública de longo prazo.

O objetivo constitucional do desenvolvimento, como missão primordial da República Federativa brasileira, necessita de concretização através da atuação do Poder Público: desta feita, evidencia-se o fundamento constitucional da criação do Fundo Social do Pré-sal (uma ação integrada do Poder Legislativo e do Poder Executivo).

Não se deve entender desenvolvimento em uma concepção minimalista, estrita, a ponto de reduzir o fenômeno complexo ao mero crescimento econômico, quantitativo. O desenvolvimento é uma ideia que vai além, representando liberdade jurídica e fática, melhoria social, intelectual, cultural, englobando ainda a parte econômica e de forma duradoura.

Logo, falar em concretização do objetivo fundamental do desenvolvimento é sinônimo de concretude dos direitos sociais fundamentais como a educação, saúde e cultura. Áreas essas que o Fundo Social do Pré-sal objetiva fomentar.

A Administração Pública preza pela eficiência e a Constituição Federal (art. 37, caput) assim ordena. São diversos caminhos para financiar as atividades estatais, conquanto, o presente debate se concentrou nas vantagens e desvantagens da vinculação de recursos para aplicar em políticas públicas.

De um lado acredita-se em um engessamento orçamentário, custo político da alteração de alocação, distorção nos gastos e reducionismo da questão em termo quantitativo (desprezo qualitativo), são principais fatores de desvantagem quando se trata de vinculação de recursos.

Do outro, a visibilidade entre arrecadação e reversão em serviços públicos para a população (em áreas essenciais como educação e saúde), transparência facilitando a fiscalização, estabilidade de fluxo de recursos, possibilidade de planejamento em longo prazo, blindagem contra caprichos políticos e valor simbólico; representam as vantagens da vinculação de recursos.

Ainda que pesem os argumentos desfavoráveis à vinculação de receitas, quando se contextualiza a efetivação de direitos sociais na realidade brasileira, financiamento de políticas públicas nessas áreas pensando no longo prazo e com certeza de fluxo de recursos, sendo estes oriundos da exploração econômica de um recurso natural não renovável, verifica-se que a vinculação deve prevalecer.

No exemplo dado pelo Projeto de Lei nº 5876/2016, a ciência e tecnologia e a inovação compõem uma área estratégica que não pode ser negligenciada pelos gestores do presente ou do futuro, caso o Brasil tenha a ambição de se tornar uma nação desenvolvida.

De qualquer modo, não parece ser apenas um desejo distante o desenvolvimento social, mas um imperativo imediato da Constituição Federal: um "cumpra-se".

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. **D**ispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos deputados**. Projeto de Lei nº 5876 de 2016.** Dispõe sobre a aplicação dos recursos do Fundo Social nas áreas de Ciência e Tecnologia, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092549. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 4342 de 2019.** Altera a Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para destinar percentual dos recursos do Fundo Social para o desenvolvimento de programas e projetos na área do Esporte. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2214154. 06 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.858, de 9 de setembro de 2013. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12858.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. IDEB - Nenhum estado atinge a meta do Ideb 2017 no ensino médio. Brasília: 2018. Disponível em: **http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/31969-ideb?start=20.**Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Orçamento do MEC terá aumento de R$ 9 bilhões e subirá 7% em 2017**.** Brasilía: 2017. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/222-537011943/39021-orcamento-do-mec-tera-aumento-de-r-9-bilhoes-e-subira-7-em-2017. Acesso em: 25 set. 2019.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Maurício Paz Saraiva. **Uma análise sobre algumas causas da rigidez orçamentária após a Constituição de 1988**. Monografia (Especialização em Orçamento Público) - Universidade do Legislativo Brasileiro do Senado Federal. Brasília: 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178058/MonografiaMauricioCamara.pdf?sequence=2. Acesso 02 out. 2019.

CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação:** usos e mitigações. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-24022011-091027/publico/Carvalho_Andre_Castro_dissertacao_completa.pdf. Acesso em: 02 out. 2019.

DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. Boston: Longman. 2011

FREY, Klaus. Políticas Públicas – um debate conceitual e reflexões referentes à prática de análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. Vol. 21. p.211-259., Brasília: Ipea,2000

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. Ed. Rio de Janeiro> Contraponto, 2009.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento:** enfoque histórico-estrutural. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **O problema da vinculação de recursos orçamentários.** REVISTA DO TCU. 2008. Disponível em https://revista.tcu.gov.br/ojs/idex.php/RTCU/article/view/453/503. Acesso em: 25 set. 2019.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010

GRAU, Eros**. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros. 2014.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; NEGREIROS, Maria Clara Damião. A destinação dos royalties do petróleo para a garantia do desenvolvimento sustentável. In: **Anais Rio Oil & Gas Expo and Conference 2014**.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. **Estado E Políticas (Públicas) Sociais**. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

JARACH, DINO. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Buenos Aires: Cangallo 1996.

JESUS, Marcus Mendonça Gonçalves. **O Fundo Social Do Pré-Sal Como Instrumento De Desenvolvimento Social E Regional.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte: 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: Introdução do direito econômico. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

ORGANIZAÇAO DAS NAÇOES UNIDAS. Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em 09 set. 2019.

PETROBRAS. **Pré-sal: produção de petróleo e gás natural**. 2019. Disponível em: http://www.petrobras.com/pt/energia-e-tecnologia/fontes-de-energia/pre-sal/. Acesso em: 01 set. 2019.

SASSAKI, Alex Hayato; DI PIETRA, Giovanni; FILHO, Naercio Menezes; KOMATSU, Bruno. **Por que o Brasil vai Mal no PISA? Uma Análise dos Determinantes do Desempenho no Exame**. São Paulo: Centro de Políticas Públicas do Insper e USP. Policy Paper Nº 31 Junho, 2018. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/Por-que-Brasil-vai-mal-PISA-Analise--Determinantes-Desempenho.pdf. Acesso em 02 out. 2019.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. A. 39 n. 154 abr./jun. 2002. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/787/R154-21.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 02 out. 2019.

SAUER, ILDO L; RODRIGUES, LARISSA ARAÚJO. **Pré-sal e Petrobras além dos discursos e mitos: disputas, riscos e desafios.** *Estud. av.* [online]. 2016, vol.30, n.88, pp.185-229. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000300185&lng=en&nrm=iso.ISSN0103-4014. http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142016.30880014. Acesso em: 30 set. 2019.

SCAFF, Fernando Facury. **Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais**. R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDFE | Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016. Disponível em: *https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4914945/mod_folder/content/0/Scaff%20-%20Vincula%C3%A7%C3%A3o%20e%20Afeta%C3%A7%C3%A3o.pdf?forcedownload=1.* Acesso 01 out. 2019.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SILVA, Christian Luiz da. **Políticas Públicas e desenvolvimento local:** instrumentos e proposições de análise para o Brasil. Petrópolis: Vozes, 2012.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Pedro Luiz Barros. MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil:** características e determinantes da avaliação de programas e projetos. NEPP – UNICAMP: 2000. Disponível em: https://governancaegestao.files.wordpress.com/2008/05/teresa-aula_22.pdf Acesso em: 30 set. 2019.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. *Sociologias* [online]. 2006, n.16 pp.20-45. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 set. 2019.

WILKINSON, Margaret. **Paying for public spending:** is there a role for earmarked taxes?

Fiscal Studies. v. 15. n. 5. p. 119-35. nov. 1994. Disponível em: https://www.ifs.org.uk/fs/articles/wilkinson_nov94.pdf. Acesso em: 25 set. 2016.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: CIDADANIA E JUSTIÇA SOCIAL PARA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniela Vieira de Melo

INTRODUÇÃO

O direito ao desenvolvimento pode assumir várias facetas: social, econômica, sustentável e humana. No entanto, o direito ao desenvolvimento pode e deve ser alcançado em consonância com o exercício das liberdades instrumentais, conforme proposto por Amartya Sen. O foco deste trabalho é, em particular, promover a discussão sobre o papel dos indivíduos e dos povos como igualmente responsáveis pelo direito fundamental ao desenvolvimento humano, para o qual todos os seres humanos têm o direito de contribuir para a sua realização.

A pessoa humana e os povos são os sujeitos centrais do processo de desenvolvimento. O direito ao desenvolvimento constitui direito humano protegido por declarações internacionais e, na realidade brasileira, dentro outros, pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Verifica-se que as concepções de desenvolvimento centradas ora no desenvolvimento econômico, ora no desenvolvimento social, apenas, tornaram-se insuficientes para atingir um padrão mínimo de dignidade da pessoa humana. O foco principal passou a tentar conferir, ainda mais, uma expressão humanista ao direito ao desenvolvimento (ALVES, 1997, p. 148-149). Nesse sentido, "(...) a questão do desen-

volvimento abarca além da questão do crescimento, a dimensão social, e abarca temas como democracia, justiça social e autonomia estatal" (ANJOS FILHO, 2013, p.30).[2]

O desenvolvimento como expansão das liberdades reais foi teoria elaborada por Amartya Sen. Nesse sentido, a expansão da liberdade é considerada tanto como o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento. As ideias deste autor influenciaram o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimentono estabelecimento dos parâmetros do Índice de Desenvolvimento Humano. E logicamente, tudo isso afeta diretamente as disposições constitucionais.

A metodologia principal a ser adotada será desenvolvida em uma perspectiva jurídico-propositiva, a fim de se identificar quais critérios adotados pela doutrina e jurisprudência a respeito do direito ao desenvolvimento humano analisando-os criticamente, de forma que possa questionar as concepções e as teorias para se tentar chegar a possíveis conclusões.

Para tanto, o trabalho é assim dividido em três partes: a primeira traz considerações acerca do desenvolvimento econômico e social, analisados de forma integrada, enquanto elementos estruturantes para o estudo do direito ao desenvolvimento humano; a segunda aborda o desenvolvimento na perspectiva sustentável; e a terceira faz uma junção de todas as anteriores para consagrar o conhecimento sobre o direito ao desenvolvimento humano como real efetivador do direito à dignidade da pessoa humana, sobretudo das minorias.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

O direito ao desenvolvimento, é preciso dizer, sempre esteve mais focado, em suas investigações iniciais, como objeto de estudo apenas da economia; todavia, hoje, é visto como um tema que envolve também aspectos jurídicos, políticos, sociológicos e culturais, sem contar as pecu-

2 E nesse sentido foi elaborada a Resolução nº 2626 (XXV) da Assembleia das Nações Unidas que instituiu a Estratégia de desenvolvimento internacional, iniciando as discussões sobre a necessidade de assegurar o desenvolvimento humano. Também consignou tal documento que o principal objetivo do desenvolvimento seria implantar melhoria sustentada no bem--estar do indivíduo que não seria atingido acaso existisse desigualdade e injustiça sociais..

liaridades ensejadas pelas diversas concepções ideológicas que orbitam ao redor do tema, é portanto, o desenvolvimentouma palavra recheada de plurivocidade (ANJOS FILHO, 2013, p. 17).

Desenvolvimento não apenas econômico, mas social e também mais humano; tudo "na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade, isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não tem como escapar da mesma sorte ou destino histórico" (BRITTO, 2003, p. 212). Na linha do que prevê a Constituição Federal de 1988 que louva, apromoção da redução das desigualdades sociais em prol do desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento é conceito pluridimensional[3], de difícil delimitação. Por essa razão, não há como fazer estudo sobre o desenvolvimento dispensando a transdiciplinariedade.

Inicialmente, os estudos sobre o desenvolvimento concentravam suas atenções na economia. Para o pioneiro Adam Smith, a busca se dava no sentido de identificar os fatores formação da riqueza nacional; para os neoclássicos e keynesianos o crescimento[4] econômico era sinônimo de desenvolvimento. (ANJOS FILHO, 2013, p. 17). Para outra corrente, composta por Gunnar Myrdal e Albert Hirschmann, o desenvolvimento econômico pressuporia o crescimento como condição necessária, mas insuficiente para promover o desenvolvimento econômico.

Perseguir o desenvolvimento econômico é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estando presente na Constituição de 1988. A doutrina constitucional salienta que desenvolvimento não se identifica necessariamente com crescimento da economia, "desde que se considere ser aquele uma grandeza de or-

---

3 Desse modo, algumas distinções já foram realizadas, outras ainda carecem de esclarecimentos. É o caso da distinção entre desenvolvimento e crescimento. Tal é de relevante importância, visto que a ideia de desenvolvimento não pode ser considerada realizada pura e simplesmente por ter havido algum tipo de crescimento.

4 Termo que comporta também diversas acepções. Há quem defenda que crescimento significa qualquer forma de progresso ou avanço econômico; outros o compreendem no sentido do aumento a longo prazo da população e da pujança do produto obtido pela atividade econômico-produtiva de uma unidade econômica que pode ser uma pessoa, uma empresa ou um país.Nesse caso o crescimento é considerado *per capita*, sendo inclusive a mais difundida. (ANJOS FILHO, 2013).

dem qualitativa, ao passo ser este de compostura quantitativa" (SILVA NETO, 2015, p. 191-192).

Schumpeter, nos idos de 1911, já tratava a respeito do desenvolvimento econômico como um processo de mudanças endógenas na vida econômica. Mas as teorias que mais influenciaram o Brasil, nesse sentido, foram as de François Perroux, Gunnar Myrdal e Albert Hirschmann e, decisivamente, da *Comissión Económica Para América Latina*- CEPAL. Para Gilberto Bercovici, a doutrina da CEPAL passou a ser vista como útil e importante para a fundamentação das políticas econômicas e da concepção de desenvolvimento, centrando-se no sistema centro periferia (BERCOVICI, 2005, p. 47-48).

A principal peculiaridade do Estado latino-Americano é, para a CEPAL, o seu caráter periférico. O capitalismo periférico, segundo Raúl Prebisch (citado por Bercovici, 2005), é fundado na desigualdade. Portanto, o desenvolvimento seria condição necessária para a realização do bem estar social, mas seria condição suficiente? É justamente a condição do Estado desenvolvimentista, como Estado periférico, na realidade, que exige que ele seja mais do que o Estado Social tradicional.

E é nesse sentido que surge o problema da falta de efetividade (FURTADO, 2002), no Brasil, enquanto país de capitalismo periférico (SANTOS, 2010) que não conseguiu concretizar a contento tal classe de direitos. Eis que surge, nesse cenário, o constitucionalismo dirigente, de José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 37), com nítido cunho programático.

É na esteira da concepção de Constituição dirigente que vão se acirrar as discussões sobre a Constituição econômica (BERCOVICI, 1999, p. 37). Não seria mais suficiente que as constituições previssem a estrutura econômica vigente, senão que elas pretendiam alterá-la.

Pensando em elevar a compreensão acerca do fenômeno, em 1995, foi realizada a Cúpula de Copenhague cujo tema versou sobre desenvolvimento social, do qual resultou dois documentos, quais sejam, a Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento social.

O desenvolvimento, para a Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social , de Copenhague, 1995, tem por objetivo melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, pelo que exige a criação de instituições democráticas, o respeito de todos os di-

reitos humanos e liberdades fundamentais, o aumento de oportunidades econômicas equitativas, o primado da lei, a promoção do respeito pela diversidade cultural, o direito das pessoas pertencerem a minorias e a participação ativa da sociedade civil[5].

O direito ao desenvolvimento social parte do pressuposto de que diversas pessoas no mundo têm necessidades primárias decorrentes de problemas sociais profundos, desigualdade social, desemprego, exclusão. O desenvolvimento e justiça social, portanto, são indispensáveis para o aumento qualitativo – e não meramente quantitativo – do desenvolvimento.

O conceito de "desenvolvimento social" não constava originalmente da Carta das Nações Unidas. Emergira, aos poucos, na década de 60, quando a questão do desenvolvimento, na esteira do processo de descolonização, passara a ocupar o centro das atenções internacionais. Nunca fora, porém, definido com clareza. Envolvia basicamente a adição, às vezes sucessiva, outras vezes cumulativa, de setores como os da educação, da saúde, do trabalho, da moradia, dos serviços sociais e da previdência social à avaliação do funcionamento geral das sociedades. Apresentava-se, assim, nitidamente subordinado às questões mais estritamente econômicas. (ALVES, 1997).

Embora a abrangência do tema tenha tornado difícil identificar objetivamente o foco principal das decisões de Copenhague, "os documentos denotam uma determinação clara no sentido do entendimento e da promoção do desenvolvimento não como um fim em si mesmo, mas sim como meio direcionado ao aperfeiçoamento da vida humana" (ANJOS FILHO, 2013, p. 30-31), baseado no respeito e na implementação dos direitos humanos. Adiciona-se à "fórmula" o componente humano, primando-se pela dignidade da pessoa humana, concebendo-se que deve haver o mínimo para a existência humana com dignidade.

O progresso e desenvolvimento social basear-se-ão no respeito pela dignidade e valor da pessoa humana e assegurarão a promoção dos direitos humanos e da justiça social, o que exige: a) a eliminação imediata e definitiva de todas as formas de desigualdade, exploração de povos e indivíduos, colonialismo e racismo, incluindo o nazismo e o apartheid, e de todas as outras políticas e ideologias que se oponham aos objetivos e princípios das

5 Capítulo I.7 da Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social.

Nações Unidas; e b) o reconhecimento e a realização efetiva dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem qualquer discriminação.

De modo que, dentre outros, prevê a Constituição que o mercado interno, que integra o patrimônio nacional, e tem de ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional[6].

3 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Os estudos sobre o direito ao desenvolvimento não pararam no adensamento das discussões sobre o desenvolvimento socioeconômico, verdadeira Revolução Ambiental que teve sérias consequências sobre o desenvolvimento, propiciando verdadeira ecologização do pensamento (MORIN, 2008). Também o meio ambiente entrou na pauta das formulações doutrinárias, muito embora, inicialmente tenha sido considerado como possível entrave ao desenvolvimentismo e industrialização.

O relatório Clube de Roma- os limites do crescimento- de 1972 iniciou o debate sobre o crescimento zero (ANJOS FILHO, 2013, p. 24) que sugeria que o avanço tecnológico não suportaria o crescimento da população mundial, ocasionando o esgotamento de recursos naturais e aumento da poluição.

Neste sentido: "A rejeição à opção do crescimento zero foi ditada por óbvias razões sociais. Dadas as disparidades de receitas entre as nações e no interior delas, a suspensão do crescimento estava fora de questão, por isso deterioraria ainda mais a já inaceitável situação da maioria pobre" (SACHS, 2009, p. 52).

Na conferência de Estocolmo de 1972- que colocou o meio ambiente na agenda internacional- não prevaleceu nem o economicismo nem o fundamentalismo ecológico. Tais posições foram descartadas tendo em vista que apesar do crescimento econômico ser necessário também o era a

6 Este também pode ser perseguido por meio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios através do incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico nos termos do art. 180 da CRFB/88.

preservação do meio ambiente. Esses debates em Estocolmo conduziram à elaboração de noções importantes para o desenvolvimento, como eco-desenvolvimento ou desenvolvimento sustentável[7] e poluição da pobreza.

A referida conferência deu origem a diversos documentos que tratavam, inclusive do tema do desenvolvimento sustentável, tais como o Relatório Brundtland; a Declaração do Rio de Janeiro para o desenvolvimento e Meio ambiente; a Agenda 21, entre outros. Antes tratar mais detidamente destes dois últimos, é necessário tratar desse necessário aproveitamento ponderado do meio ambiente.[8]

Segundo o Relatório Brudtland[9], uma série de medidas devem ser tomadas para a promoção do desenvolvimento sustentável, dentre as quais: limitação do crescimento populacional; garantia de recursos básicos (água, alimentos, energia) a longo prazo; preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias com uso de fontes energéticas renováveis; aumento da produção industrial nos países não-industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas; entre outros.

Satisfazer as necessidades humanas essenciais é um dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Mas é preciso entender que as necessidades são diferentes a depender do nível de desenvolvimento do país, conforme salientado em tópico anterior. Para os países em desenvolvimento (periféricos) uma série de necessidades, como habitação e saneamento básico, por exemplo, ainda não foram atendidas a contento. Não se pode impor

---

7 Ignacy Sachs coloca como termos sinônimos.

8 O termo sustentabilidade, conforme alerta Ignacy Sachs é utilizado apenas na perspectiva ambiental, mas para o autor, ela comporta ainda outras dimensões: a sustentabilidade social; a cultural; a distribuição territorial dos assentamentos humanos e atividades; a sustentabilidade econômica; a política; e, por fim, a sustentabilidade do sistema internacional para manter a paz.A sustentabilidade ecológica ou ambiental toma por pressuposto a preservação do potencial do capital natural na sua produção de recursos renováveis e limitar os renováveis.

9 O desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos chave: o conceito de necessidades, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras. (CMMAD, 1991, p. 10).

a esses países de economia periférica as mesas restrições econômicas de sustentabilidade aplicáveis aos países de economia central. Ou melhor, a política do desenvolvimento sustentável tem de atender as necessidades humanas básicas, respeitando o meio ambiente ecologicamente equilibrado sem aumentar o fosso que separa esses países.

Outro documento de extrema relevância para o estudo de desenvolvimento sustentável é a Agenda 21 (MILARÉ, 2007, p.89). A Agenda 21 reconhece os graves problemas pelos quais o mundo passa, como fome, doenças, analfabetismo, deterioração do meio ambiente, entre outros tantos, propondo que se propicie o desenvolvimento através da perspectiva sustentável, utilizando dos recursos naturais com foco igualmente na justiça social.

Relativamente aos meios de implementação da Agenda 21 existe a promoção da consciência ambiental e fortalecimento das instituições para o desenvolvimento sustentável, apelando para a consciência dos poderes públicos e da sociedade para aperfeiçoarem o ordenamento jurídico no viés do desenvolvimento sustentável. "A erradicação da pobreza, a proteção da saúde humana, a promoção de assentamentos humanos sustentáveis surgem como objetivos sociais de transcendental importância."(MILARÉ, 2007, p. 90).

Ademais, verifica-se que para além dos princípios fundamentais encartados na CRFB/88, o art. 225 revela a importância do desenvolvimento sustentável e a importância do meio ambiente para o país. Deste modo, na linha do que recomenda o relatório Brundtland, visando a proteção de um futuro comum, dessas e das próximas gerações, a Constituição afirma que todos têm o direito direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e á coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (SILVA NETO, 2013, p. 716).

4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO: CIDADANIA E JUSTIÇA SOCIAL

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento passou, na década de 90, a elaborar relatórios relacionados ao desenvolvimento humano. Tais relatórios baseavam-se em novos estudos tinham por base

novos documentos convencionais de proteção ao direito ao desenvolvimento, dentre eles, a declaração das nações unidas sobre o Direito ao desenvolvimento de 1986 e Resolução 41/133 de 1986, bem como sobre as idéias de Amartya Sen sobre o desenvolvimento.

O desenvolvimento como expansão das liberdades reais foi doutrina elaborada por Amartya Sen. Nesse sentido a expansão da liberdade é considerada tanto como o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento.(SEN, 2009, p. 52). Para este autor, a liberdade exerce papel constitutivo, alterando a análise do desenvolvimento. Nesse sentido, a participação e a dissensão política são partes do próprio desenvolvimento.

A liberdade global é composta direta ou indiretamente das liberdades instrumentais, que completam umas as outras, quais sejam as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais[10], as garantias de transparência e a segurança protetora. Essa abordagem contraria a crença de que "o desenvolvimento humano é realmente um tipo de luxo que apenas os países mais ricos podem se dar." (SEN, 2009, P. 58). O desenvolvimento para o referido autor é visto como o alargamento das liberdades das pessoas, objetivo para o qual o crescimento econômico é um instrumento, capaz de remover restrições e obstáculos como a pobreza, o analfabetismo, a fome, a doença, mas não o objetivo em si próprio (ANJOS FILHO, 2013, p. 33).

Deste modo, o objetivo do desenvolvimento para Sen está relacionado com a avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. Essas liberdades dependem de condicionamentos sociais, econômicos e políticos. Essa liberdade global realiza-se por meio das liberdades instrumentais que se inter-relacionam. O processo de desenvolvimento humano é influenciado fatalmente por essas relações, ou seja, os fins e os meios do desenvolvimento exigem a liberdade. Mas as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas. "O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação e não de entrega sob encomenda." (SEN, 2009, p. 71).

10 Que são as disposições que a sociedade estabelece mas áreas de educação, saúde, etc que influenciam nas liberdades substantiva di indivíduo viver melhor. Ela é fator de grande importância para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas.

De maneira que, para o autor, desenvolver-se significaria libertar-se das sistematizadas tirania, das desigualdades sociais, da intolerância, dos serviços públicos de má qualidade. Assim:

" Quando as pessoas têm as oportunidades adequadas tornam-se capazes de moldar seu próprio destino e ajudarem umas às outras, razão pela qual elas não devem ser vistas apenas como beneficiárias passivas dos projetos de desenvolvimento(...)" (ANJOS FILHO, 2013, p. 33).

A idéia de desenvolvimento, como fartamente salientado, não pode estar associada apenas a aspectos quantitativos, mas qualitativos. O programa das nações unidas para o desenvolvimento (PNUD) seguiu como reflexo da Declaração das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Ele elabora relatórios globais anuais de desenvolvimento humano, a partir dos quais inclusive foi possível elaborar relatórios nacionais.

O Programa das nações Unidas para o desenvolvimento passou a trabalhar com as noções de desenvolvimento humano, tomando por base as ideias de Sen. A partir dessa realidade, o primeiro relatório sobre desenvolvimento humano trouxe o Índice de desenvolvimento humano que tinha por objetivo estabelecer uma forma adequada de se medir o desenvolvimento.

O enfoque do autor foi decisivo não só na formulação, mas, também, na evolução conceitual do desenvolvimento humano, o que se nota desde o primeiro relatório de 1990. Além disso, Amartya Sen teve participação intensa e efetiva na criação do Índice de desenvolvimento humano (IDH).

Utiliza, portanto o IDH de parâmetros como o Produto interno Bruto (PIB) ajustado ao poder aquisitivo da moeda; a educação e a expectativa de vida. O processo conduzido pelo custeio público priorizando a provisão de serviços sociais como saúde e educação básica reduzem a mortalidade e melhoram a qualidade de vida. Por exemplo, "apesar de seus níveis de renda baixíssimos, os habitantes de Kerala, China ou Sri Lanka apresentam níveis de expectativa de vida imensamente mais elevados do que as populações mais ricas como Brasil.(SEN, 2009, p. 64).

O resultado advindo dessa relação não demonstraria que a expectativa de vida não se eleva com o crescimento da renda per capita, porém indicaria que a relação tenderia a funcionar por meio do gasto público com serviços de saúde e por meio do êxito na eliminação da pobreza.

Deste modo, percebe-se que a ideia de desenvolvimento pressupõe que existam diversas mudanças na sociedade em um processo de mobilidade intermitente. O desenvolvimento econômico quando heterogeneizador estiver associado à exclusão social tem-se o que a doutrina chama de desdesenvolvimento (ALVES, 1997, p. 148). Conforme tudo o que foi exposto acima, verifica-se que a Constituição Brasileira adota o modelo humanista de desenvolvimento. Apesar de só encontrarmos uma ocorrência expressa do termo desenvolvimento humano, no art. 216-A, o espírito do texto constitucional conclama essa proteção.

Este dispositivo parece sintetizar todas as premissas supramencionadas. Fomenta a participação dos destinatários das normas, através da democracia; concebe a implementação de políticas públicas pelo Estado, diferencia a ideia de crescimento à de desenvolvimento.[11]

Nos termos do art. 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento; e todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento. O que se pretende enfatizar na ótica do desenvolvimento humano é a lógica da responsabilização do sujeito humano pela aplicação e regulação das normas que prevejam a sua concretização.

É dever de toda a pessoa buscar o desenvolvimento de seu povo e até da comunidade mundial que não pode ser atribuída exclusivamente à esfera pública. O direito ao desenvolvimento "traz consigo uma espécie de obrigação de criar comportamentos ativos" (AQUINI, 2008, p. 145).De que

11 Dessa maneira, em termos constitucionais, o desenvolvimento nacional: a) não se confunde com o mero crescimento econômico; b) possui vínculo direto com a dignidade da pessoa humana; c) constitui ao mesmo tempo, finalidade e objetivo da República Federativa do Brasil;d) porta uma natureza obrigatória; e) é diretamente proporcional à concretização dos objetivos constitucionais da nossa república e; f) deve considerar o todo da nação, refletindo a realidade do Estado multicultural e multiétnico e assumindo uma natureza dialógica por meio do diálogo intercultural . (ANJOS FILHO, 2013, p. 235.).

forma isso seria possível? Essa participação pode ser feita através das organizações não governamentais ou pela sociedade civil, mas, sobretudo, através da tomada de consciência da pessoa humana socialmente responsável.

A declaração, no artigo 8, parágrafo 2º , ressalta a importância da participação popular como instrumento do desenvolvimento e da realização de direitos, visando a participação direta para a implementação de políticas de desenvolvimento, em que os próprios beneficiários das ações de desenvolvimento delas participem. Os próprios Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

A Constituição Federal é taxativa ao afirmar que a República Federativa do Brasil é Estado democrático de direito que tem como um de seus fundamentos a cidadania. A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, bem como mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Desenvolver e fortalecer o sistema democrático é essencial ao processo de desenvolvimento.

Consoante a Declaração do Milênio os problemas têm de ser enfrentados de modo que os custos e as responsabilidades sejam distribuídas com justiça de acordo com o princípio da justiça social. Neste sentido, a responsabilidade pela gestão do desenvolvimento socioeconômico tem de ser partilhada por todos, extraindo-se da Declaração do Milênio, das Nações Unidas, portanto:

> Estamos empenhados em fazer do direito ao desenvolvimento uma realidade para todos e em libertar toda a humanidade da carência. Em consequência, decidimos criar condições propícias, a nível nacional e mundial, ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza. (...)Reafirmamos o nosso apoio aos princípios do desenvolvimento sustentável, enunciados na Agenda 21 , que foram acordados na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento.Decidimos, portanto, adotar em todas as nossas medidas ambientais uma nova ética de conservação e de salvaguarda.

Atesta-se que o direito ao desenvolvimento humano é tema de pauta prioritária do século XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao desenvolvimento é megatema que sempre esteve mais associado ao aspecto econômico. Verificou-se que o desenvolvimento é tema que envolve também aspectos jurídicos, políticos, sociológicos. Todos os elementos devem ser considerados.

Conforme foi visto, o simples crescimento não se confunde com desenvolvimento econômico. Crescimento é grandeza quantitativa, já o desenvolvimento é qualitativo..

O direito ao desenvolvimento social, conforme visto, é parte integrante nesta equação e parte do pressuposto das extensas necessidades primárias de diversas pessoas no mundo. A justiça social, portanto, é indispensável ao aumento qualitativo do desenvolvimento.

Os estudos sobre o direito ao desenvolvimento não pararam no adensamento das discussões sobre o desenvolvimento socioeconômico. Houve verdadeira ecologização do pensamento. O desenvolvimento sustentável tem como pressuposto a preservação do potencial do capital natural para as atuais e futuras gerações, sem deixar de lado o aspecto econômico e a modernização. A importância deste tema revela-se em todo texto constitucional.

A noção de desenvolvimento humano parte de uma concepção holística de proteção dos direitos fundamentais. Seu foco está na dignidade da pessoa humana (*topoγ)* alcançada por meio do progresso econômico e social, sem esquecer da necessidade de proteção de outros bens coletivos da sociedade. Portanto, alinha a perspectiva econômico-social e sustentável do desenvolvimento. A pessoa humana e os povos são os sujeitos centrais do processo de desenvolvimento.

O desenvolvimento como expansão das liberdades reais foi doutrina elaborada por Amartya Sen. Nesse sentido, a expansão da liberdade é considerada tanto como o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento. As ideias deste autor influenciaram o PNUD no estabelecimento dos parâmetros do IDH. E logicamente, tudo isso afeta diretamente as disposições constitucionais.

Diante desta ordem de ideias, que parte do pressuposto de que os indivíduos com adequadas oportunidades podem e devem ajudar-se mutuamente, não se pode esquecer de elemento importante nesta equação que é a liberdade instrumental.

Conclui-se, então, que o exercício efetivo da cidadania e da democracia é componente fundamental para o desenvolvimento humano, e, outrossim, para a garantia de efetividade de direitos fundamentais. A responsabilidade pela gestão do desenvolvimento social, econômico, sustentável e humano tem de ser partilhada por todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lindgren J.A. *A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os paradoxos de Copenhague*. Rev. bras. polít. int. vol.40 no.1 Brasília Jan./June 1997. Disponível em : http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100006 Acesso em: 10 nov. 2016.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *O Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013_____. *Constituição Econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

AQUINI, Marco. *Fraternidade e Direitos Humanos*. In: Baggio, Antônio Maria (org.). O princípio esquecido/1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da Constituição Dirigente*: Algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em:. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 Ed. Rio de janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FURTADO, Celso .Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social.

_____. *Em busca de um novo modelo*: reflexões sobre a crise contemporânea. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

Nações Unidas. Declaração do Milênio. Cimeira Do Milênio. Nova Iorque, 6-8 de Setembro de 2000. Disponível em: < https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>. Acesso em: 01, Set.. 2019.

MILARÉ, Edis. Direito Ambiental. *Gestão ambiental em foco*. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-feita: Repensar a Reforma, Reformar o Pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. Boletim da Sociedade brasileira de Direito internacional, jan-mar. 1992 n 77/78.

PERRONE-MOISÉS, Claúdia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá. *Direito Ambiental do trabalho*: reflexo da contemporaneidade. Revista de Direito Sanitário, vol. 3, n.1, março de 2002. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046. Acesso em: 12 dez. 2016.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS Boaventura de Sousa; MARQUES Maria Manuel; PEDROSO João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas* . Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ *Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado*: o dano nacional. In: Menezes, Wagner; Menezes Vieira, Gustavo Adolpho. (Org.). O Direito Internacional Público em Expansão. 5.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

SPIELER, Paula Bartolini. *Evolução histórica e conceituação do direito ao desenvolvimento*. Direito, Estado e Sociedade, n 22/23, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica- Departamento de Direito.

OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS NO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO COMO MEIO DE PROMOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Caio César Alvares Loro Netto

1. INTRODUÇÃO

As parcerias entre o setor público e privado no Brasil se apresentam como um eficaz mecanismo de reaquecimento econômico para o mercado brasileiro, mais especialmente quando diz respeito a investimentos estrangeiros em infraestrutura e energia. Ademais, o setor energético foi um dos que demonstrou maior capacidade de recuperação de planejamento e execução das ações voltados para recepção de investimentos.

O crescimento da capacidade de geração de energia no Brasil advém da revisão do marco regulatório e institucional, que se deu há nove anos. Tal mecanismo criou envergadura suficiente para maior consolidação dos alicerces legais aptos a trazer maior atração de investimentos. O êxito da revisão regulatória se demonstra, por exemplo, na competição dos leilões de geração de energia eólica e hidrelétrica que se deram para as usinas do Rio Madeira e de Belo Monte.

A estimativa de investimentos no setor energético brasileiro, considerando as instalações já licitadas que entram em operação no período decenal, além das instalações de fronteira é de R$ 46,4 bilhões (TOLMASQUIM, 2012, p. 254).

Além dos investimentos previstos para o setor energético, o setor logístico também vem passando por aportes visando a melhoria da infraestrutura necessária para escoamento da produção brasileira. Até 2020 tais investimentos estão na ordem de R$ 167 bilhões, entre refino e logística (TOLMASQUIM, 2012, p. 249).

Os investimentos se colocam, dessa forma, como a melhor alternativa de promoção do desenvolvimento da disposição de produção e distribuição de energia. Consequentemente, a concepção das obras necessárias para incremento da infraestrutura alvo dos investimentos, aliado a melhoria do mercado que se segue, dá origem a geração de empregos e renda para o Brasil. De todos os países interessados nessa atividade, a China se coloca como maior investidor, como se verá adiante.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 – OS INVESTIMENTOS CHINESES NO BRASIL

A intenção de se colocar entre as potências econômicas mundiais motivou o governo chinês, no final da década de 1990, a se valer da internacionalização de suas empresas, como estratégia para seu desenvolvimento econômico, bem como conquista de influência no cenário financeiro global.

Dessa forma, tal orientação se deu no 16º Congresso do Partido Comunista em 1999, por meio da apresentação do Programa "Going Global", por que sua vez, trazia cinco objetivos: i) aumentar os investimentos chineses no exterior por meio da descentralização e relaxamento das concessões de autorização para saída das empresas chinesas; ii) melhorar o nível e a qualidade dos projetos; iii) reduzir os controles de capital e a criar novos canais de financiamento para o mercado nacional; e iv) integrar a política de internacionalização das empresas chinesas com outras políticas existentes para o setor externo, buscando promover o reconhecimento das marcas dessas empresas. (ACIOLY, 2012, p. 35).

Da análise dos objetivos do programa de internacionalização chinesa, é possível a percepção de um processo de abrandamento do caráter fechado de seu mercado, ao passo que se busca a promoção de incentivos para expansão deste junto aos demais agentes do comércio e investimentos internacionais.

Nesse sentido, Holland & Barbi identificam quatro possíveis fatores que corroboram os objetivos expansionistas da China, mais precisamente em relação aos investimentos estrangeiros, a saber (ACIOLY, 2012, 37):

> 1) Tentativa de garantir acesso as fontes de recursos naturais para manter o crescimento do PIB entre 7% e 10% ao ano. Nesse sentido, o governo elaborou uma política agressiva de investimentos externos do tipo Resource Seeking (orientado para recursos naturais), liderados por grandes empresas estatais. Além da garantia das fontes de alimentos e energia, a preocupação com a volatilidade dos preços das commodities também foi uma motivação para que as estatais buscassem controlar de forma direta as fontes de produção desses produtos. Nesse quadro, a África, a América Latina e a Oceania passaram a receber mais IDE chinês;
>
> 2) Buscar maior competitividade para as firmas chinesas em virtude da entrada da China na OMC, pois isso representou uma maior abertura do mercado doméstico para as empresas estrangeiras, gerando uma elevação da concorrência e induzindo as firmas chinesas ao processo de conquistas de novos mercados;
>
> 3) Obter maior tecnologia para as firmas chinesas por meio de aquisição de empresas estrangeiras, notadamente nos países na Europa e Estados Unidos, que detenham uma base tecnológica avançada;
>
> 4) Aumentar a influência política da China no mundo, sobretudo na Ásia, por meio da realização dos investimentos (e dos fluxos de comércio) chineses no exterior (Oceania, África, América Latina etc.).

A acessão da China à Organização Mundial do Comércio em 2001 foi necessária para o êxito da estratégia geopolítica do programa expansionista chinês, pois esta é a porta de entrada contato com os demais agentes do comercio internacional e seus respectivos mercados.

Entretanto, a China assumiu compromissos junto à OMC como forma de inserção no mercado global. Dentre eles, a diminuição gradual e eliminação de tarifas sobre bens importados, a abertura de seu mercado de serviços, a retirada das políticas preferenciais no que toca aos produtos

e investimentos estrangeiros no mercado interno, além da eliminação de subsídios às exportações, foram algumas das principais condições levadas à China para efeito de cumprimento da regulação internacional do comércio, mais especialmente à OMC. (CUNHA, 2010, p. 119).

Ademais, o Brasil se apresenta como um dos principais parceiros da China, de modo que foram estreitados laços comerciais e estratégicos importantes com a abertura de seu mercado.

Brasil e China tiveram sua relação comercial iniciada por meio bilateral. Desde 2009 a China se firmou como o maior e mais importante parceiro comercial do Brasil, cujo comércio saltou entre 2001 e 2015 de US$ 3,2 bilhões para US$ 66,3 bilhões. (VIEIRA, 2016). Em 2012, os chineses passaram a ser os principais fornecedores de produtos importados pelos brasileiros. Apenas a partir de 2010 os investimentos estrangeiros diretos passaram a compor a pauta de negociações envolvendo os dois parceiros de maneira relevante.

As relações comerciais que envolvem Brasil e China se mostra, entretanto, delicada. As importações dos produtos alimentícios e matérias-primas brasileiras favoreceram sobremaneira o desenvolvimento de superávit na balança comercial brasileira, a concorrência e competitividade dos produtos chineses no mercado doméstico coloca o Brasil com dificuldade de deixar de se apresentar como fonte de produtos primários, para protagonizar um novo momento de comércio de produtos de maior valor agregado. (VIEIRA, 2016, p. 53).

Dessa forma, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) concebe possíveis estratégias enquanto alternativas com as quais o governo brasileiro pode se valer como mecanismos de combate aos desafios com o estabelecimento de relações comerciais e de investimento com a China, a saber (CUNHA, 2012, p. 54):

> 1) Utilizar mais ativamente os instrumentos disponíveis de defesa comercial no âmbito da OMC (antidumping, medidas compensatórias, salvaguardas);
>
> 2) Negociar com o governo chinês o estabelecimento de condições isonômicas para entrada e operação das empresas brasileiras na China;

3) Avançar nos instrumentos de regulamentação, regulação e fiscalização da compra de terras e de recursos naturais pelos chineses, adequando esses investimentos às estratégias de desenvolvimento e de inserção internacional da economia brasileira;

4) Criar instrumentos de regulamentação e regulação do IDE em função das prioridades da política industrial:

4.1 Para os segmentos do agronegócio, do minério e aço e do petróleo é preciso desenvolver instrumentos para que se busque agregar valor na cadeia de produção no território nacional. As empresas chinesas que operam no Brasil no segmento do agronegócio, por exemplo, não podem exportar apenas soja em grãos, mas devem contribuir para a exportação dos produtos industrializados dessa cadeia produtiva;

4.2 Para a manufatura (automóveis, eletroeletrônica, motocicletas e equipamentos) faz-se necessário requerer um maior conteúdo local (firmas brasileiras) na produção de peças e componentes, sob o risco de se promover um tipo de fragmentação da produção não traz externalidades positivas sobre outros setores/atividades e mesmo sobre a articulação produtiva das regiões brasileiras.

5) Configurar instrumentos institucionais que possibilitem uma gestão da política cambial e monetária adequada a uma visão de longo prazo – promoção das exportações e controle das importações –, embora considere também as particularidades oriundas do curto prazo – inflação. Além disso, é preciso aumentar o crescimento com estabilidade de preços. Endurecendo a crítica e os instrumentos de defesa contra os efeitos deletérios da guerra cambial entre China e Estados Unidos (desvalorização do dólar em relação às outras moedas, com a exceção chinesa que adota uma estratégia reativa de atrelamento de sua moeda ao dólar). Esse processo provoca uma abundância de dólares no mercado mundial – aumento de liquidez – que se destinam, especialmente, aos países emergentes. Isso provoca valorizações das moedas locais, dificultando a competitividade de suas exportações;

6) Aprofundar a industrialização brasileira por meio da ampliação das fontes de financiamento de setores estratégicos para o desen-

volvimento de atividades indutoras de mudanças e de difusão da inovação tecnológica;

7) Ampliar a cooperação tecnológica com a China no campo aeroespacial e na área de energia limpa, criando projetos específicos que permitam a transferência de tecnologia chinesa assim como realizado pelo projeto sino-brasileiro CEBRS (desenvolvimento de satélites de observação da Terra).

8) Criar mecanismos que acelerem a complementaridade produtiva e integração da infraestrutura sul-americana e aprofundem as instituições regionais, especialmente o Mercado Comum do Sul (Mercosul) e a União das Nações Sul-Americanas (Unasul). Assim como fez a política chinesa com o Leste Asiático, a integração produtiva deve estar associada a mecanismos garantidores da presença brasileira no subcontinente com aumentos de produtividade e redução das assimetrias entre os países.

Diante do orientado pelo IPEA, é possível a conclusão acerca de uma preocupação tanto com a utilização dos mecanismos de salvaguarda jurídica e econômica do mercado brasileiro frente ao potencial de comércio e investimentos da China, quanto ao uso desses dois fatores como forma de propulsão do desenvolvimento dos segmentos de mercado em solo brasileiro.

Nesse cenário, os investimentos estrangeiros diretos se colocam como uma das mais relevantes maneiras de inserção da China no mercado brasileiro. Desse modo, é possível a contribuição no sentido de promoção de desenvolvimento de infraestrutura necessária para a criação de complexos industriais. Para tanto, os dados a seguir demonstram a concentração de esforços da China no setor de energia, fixando claro estreitamento entre estruturação local e investimento (CUNHA, 2012, p. 80).

O Conselho Empresarial Brasil-China concluiu que, entre 2007 e 2013, dos US$ 56,5 bilhões em investimentos chineses anunciados para o Brasil, US$ 28,3 bilhões foram confirmados (Conselho Empresarial Brasil-China, 2016, p. 13). Tais números expressivos apresentam a nova fase de relação bilateral entre os dois países.

Porém, o ano de 2010 foi marcante enquanto momento de descoberta das empresas chinesas acerca do potencial de investimentos no Brasil.

Dessa forma, inicialmente os investimentos se pautaram nos produtos de tradicional exportação brasileira para a China. No entanto, a aquisição de 40% das operações brasileiras da empresa espanhola Repsol, por parte da estatal chinesa Sinoplec, torna clara a busca de aquisições chinesa em empresas direcionadas à exploração de recursos naturais, por meio de fusões e aquisições (Conselho Empresarial Brasil-China, 2016, p. 16).

Desse modo, o Brasil se consolidou enquanto um agente relevante na qualidade de plataforma de investimento, além de fonte de exportação para a América Latina. Assim o é, pois os custos elevados para logística dos produtos chineses ao Brasil, aliado a inexistência de outros países que tenham os recursos naturais e estrutura industrial semelhante a brasileira, são fatores preponderantes para seleção do país enquanto principal parceiro na região (OLIVEIRA, 2012, p. 102). Tais vantagens permitem a identificação da estratégia chinesa acerca do meio de ingresso das empresas chinesas no Brasil, de modo que, em 2011, o estabelecimento de novas empresas (greenfield) no país foi majoritário (OLIVEIRA, 2012, p. 103). É possível se observar essa afirmação por meio tabela abaixo (OLIVEIRA, 2012, p. 105):

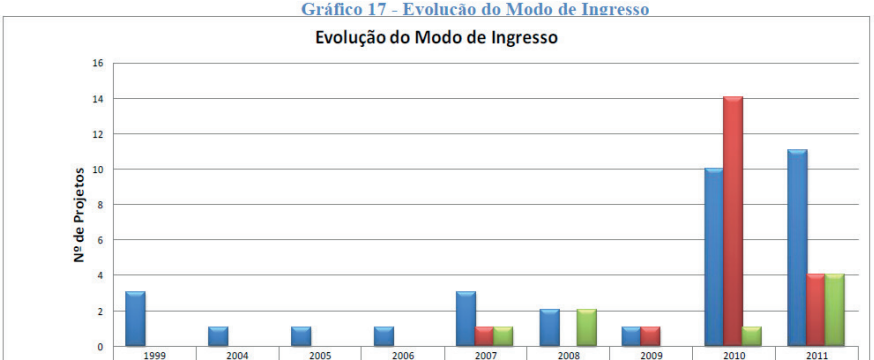
Tabela 10 - Perfil dos Investimentos Chineses em diferentes períodos

Período	Determinante do Ingresso	Modo de Entrada	Setor	Estrutura de Propriedade
1999-2009	Market seeking	Greefield	Eletroeletrônicos/ Automotivo/ Telecomunicação	SOE´s/Privadas
2010	Resource seeking	Fusões e Aquisições	Energia/ Mineração/ Agronegócio	Central SOE´s
2011	Market seeking	Greenfield	Automotivo/ Eletroeletrônicos/ Telecomunicação	SOE´s/Privadas

Fonte: A partir dos dados de CEBC, Bradesco, Imprensa **Elaboração: Autor**

A evolução do modo de ingresso dos investimentos chineses no Brasil demonstra que a intenção da China é fixar suas empresas no país, por meio do greenfield, conforme o gráfico demonstra (OLIVEIRA, 2012, p. 108):

Gráfico 17 - Evolução do Modo de Ingresso



	1999	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Greenfield	3	1	1	1	3	2	1	10	11
Fusão e Aquisição	0	0	0	0	1	0	1	14	4
Joint Venture	0	0	0	0	1	2	0	1	4

Fonte: CEBC, Bradesco, Imprensa Elaboração: Autor

Os dados apresentados relativos a incidência de modos de ingresso do investimento estrangeiro chinês são fundamentais para melhor compreensão acerca do grau de comprometimento de instalação operacional no Brasil. Os investimentos das empresas chinesas por meio de greenfield demonstram que a estratégia empresarial é de longo prazo, com geração de empresas e negócios destinados a uma rede de fornecedores locais, em especial na América Latina (OLIVEIRA, 2012, p. 111).

Entre 2011 e 2013, a China focou a diversificação dos seus investimentos estrangeiros no Brasil. Buscaram-se novas oportunidades, mais precisamente no setor industrial, desde maquinário, aparelhos eletrônicos e automotivos, com viés destinado ao público brasileiro. Este redirecionamento de estratégia da exploração dos recursos naturais para a indústria ficou claro por meio dos exemplos do investimento da montadora chinesa Chery, de setores eletrônicos por meio da Huawei e Lenovo, e de maquinário e equipamentos através da Sany (Conselho Empresarial Brasil-China, 2016, p. 13).

Não obstante, os investimentos partiram para o setor de serviços, mais precisamente na troca de participações acionárias de bancos chineses em bancos brasileiros. Ademais, empresas de tecnologia da informação se estabeleceram no Brasil. É o exemplo do buscador chinês Baidu. Tais movimentações evidenciam que o investimento chinês se direciona para o ingresso de empresas chinesas, a aquisição de companhias brasileiras por parte destas, além da celebração de parcerias entre os dois países (Conselho Empresarial Brasil-China, 2016, p. 13).

Porém, dentre os investimentos realizados em todos os setores apresentados, em 2014 e 2015 restou evidenciada a destinação dos esforços nas áreas de produção e transmissão de energia elétrica. Importantes vitórias percebidas em licitações, tais como da State Grid e da China Three Gorges, exemplificam o destacamento destas na construção e/ou aquisição de usinas hidrelétricas e linhas de transmissão no País (CONSELHO EMPRESARIAL BRASIL-CHINA, 2016, p. 14).

Desta forma, mister o estudo da projeção dos investimentos chineses no setor energético brasileiro, seu impacto na economia e de que modo tal fenômeno deve contribuir para o desenvolvimento local.

2.2 IMPACTO DOS INVESTIMENTOS CHINESES NO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO

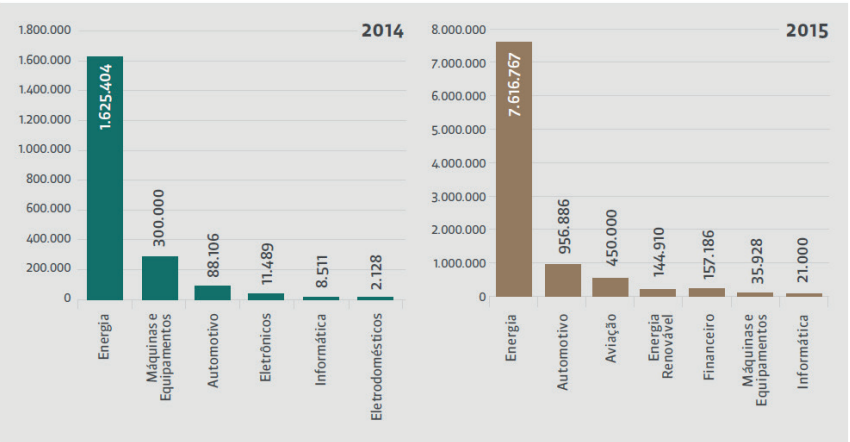
Os investimentos estrangeiros chineses no setor energético brasileiro ganham envergadura a partir de 2014, de modo a se consolidar como o setor que mais os recepcionaram, como a seguir se analisará.

Houve a aquisição pela subsidiária da China Three Gordes Corporation (CTG Brasil) de 50% de todos os projetos relativos a construção das Usinas Hidrelétricas de Santo Antônio do Jari (373 Megawatts) e de Cachoeira Caldeirão (219 Megawatts). Tal operação totalizou R$ 412 milhões (CONSELHO EMPRESARIAL BRASIL-CHINA, 2016, p. 24).

O leilão referente a primeira linha de transmissão do Complexo Hidrelétrico de Belo Monte foi vencido pelo consórcio IE Belo Monte, com participação majoritária da empresa estatal chinesa State Grid, já estando, inclusive, em fase de construção no Rio Xingu, no Pará. O empreendimento terá 2,1 mil quilômetros de extensão e duas estações conversoras em extra-alta tensão que escoará a energia produzida para a região Sudeste do Brasil. Trata-se de um modelo de tecnologia inédito no Brasil, mas de conhecimento dos chineses, cujo investimento estima-se em R$ 5 bilhões (CONSELHO EMPRESARIAL BRASIL-CHINA, 2016, p. 25).

O volume e valor dos investimentos chineses no setor energético esclarece a liderança do setor em comparação aos demais na distribuição setorial de financiamento de projetos no Brasil.

GRÁFICO 11 - **Distribuição setorial de projetos em 2014 e 2015 (mil US$)**



Fonte: Lista consolidada CEBC

O gráfico acima apresenta o volume financeiro dos investimentos chineses já bastante acentuado do setor elétrico em relação aos demais segmentos (CONSELHO EMPRESARIAL BRASIL-CHINA, 2016, p. 19).

A primeira viagem internacional do ex-Presidente da República Michel Temer à China, na reunião da cúpula do G-20 enveredou seus esforços em aproveitar o momento e situação para trazer um pacote de oportunidades de investimentos no Brasil. Nove "acordos de investimentos e cooperação por empresas chinesas e brasileiras" foram celebrados. Ademais, espera-se investimentos chineses no setor de infraestrutura em torno de US$ 269 bilhões, que variam de sua forma, entre concessões, outorgas e privatizações (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2017, P. 80).

A China Three Gorges efetuou a aquisição de controle da Triunfo Participações o sobre duas hidrelétricas, além de ter arrematado para receber a concessão das usinas de Jupiá e Ilha Solteira, de anterior propriedade da estatal paulista Cesp. O crescimento da participação chinesa no setor avançou, com a vitória do leilão para a construção da segunda linha de transmissão da Usina de Belo Monte pela China State Grid. Segundo o Presidente da Câmara de Comércio e Indústria Brasil China, a State Grid procedeu com a aquisição da CPFL, bem como outras gigantes do setor estão em vias de destinar seus investimentos para o Brasil (TANG, 2017, p. 5)

Tal cenário propiciou a 2017 o segundo melhor resultado de investimentos chineses no Brasil desde o monitoramento promovido pela Coordenação-Geral de Investimentos Internacionais da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento (BRASIL, 2017, p. 3)

Entretanto, de que forma os investimentos poderão ser convertidos em formas de impulsionamento do desenvolvimento para o Brasil, de modo a trazer impacto positivo na sociedade? Tal questão analisar-se-á a seguir.

2.3 - OS INVESTIMENTOS CHINESES COMO MEIO DE DESENVOLVIMENTO LOCAL

Desenvolvimento e diminuição da pobreza ganharam status de pauta prioritária no relacionamento entre Brasil e China, no âmbito do bloco dos BRICS (conjunto de países em desenvolvimento que une Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). A iniciativa de concepção de formas de impulsionamento do desenvolvimento - como é o caso do Banco dos BRICS – tem por foco a demonstração junto aos países tradicionalmente investidores de que os membros do bloco têm se esforçado para a busca de autonomia estrutural com a finalidade de resolução dos problemas dos seus países membros (BECARD, 2015, p. 92).

Dessa forma, Brasil e China, tanto por meio dos tratados bilaterais de investimentos entre eles celebrados, quanto por meio de suas respectivas atuações nos BRICS, também têm por norte o compartilhamento de informações sobre as melhores práticas para políticas públicas com foco no desenvolvimento sustentável (BECARD, 2015, p. 92).

Além disso, a terceira reunião da Comissão de Coordenação e Cooperação Sino-Brasileira de Alto Nível (COSBAN) em 2013, resultou em um documento que foi elemento fundamental para efeito de orientação das negociações que se seguiram entre Brasil e China (BECARD, 2015, p. 94). O documento apresentou as demandas brasileiras de investimento no setor industrial, mais precisamente em tecnologia solar e foto voltaica; energia eólica; redução das emissões de carbono e uso do carvão vegetal na produção de minério de ferro e aço; autopeças; zonas de processamento de exportação; e oportunidades de investimento na Zona Franca de Manaus (BECARD, 2015, p. 94).

Dessa forma, a China direcionou os seus investimentos em setores como energias renováveis e petróleo e gás, o que por si traz desenvolvimento, emprego e renda, aos moldes do que vem ocorrendo em Estados como o Ceará (BRASIL, 2016, p. 1).

Na Paraíba, as energias renováveis adquirem evidência na pauta dos investimentos chineses. A China Three Gorges efetuou a aquisição de parcela significativa o capital de parques eólicos de operação da portuguesa EDP Renováveis (HIRATA, 2017, p. 1).

Mais além, o BYD trouxe investimentos com a finalidade de abertura de unidade de montagem de painéis solares no Estado de São Paulo. Foram R$ 250 milhões para aquisição de uma fábrica e construção de outra (HIRATA, 2017, p. 1).

Segundo o sócio-diretor da KPMG, novos projetos de usinar solares, eólicas e biomassa estarão em fase de implementação (HIRATA, 2017, p. 1).

O presente estudo propiciou a compreensão acerca do direcionamento de esforços buscando o equilíbrio da utilização do potencial de investimento chinês para efeito de projetos cujo escopo seja, além da rentabilidade, o de promoção de desenvolvimento e geração de riqueza local.

3. CONCLUSÕES

O Brasil se firma enquanto um dos mais atrativos destinos de investimentos – inclusive entre os países em desenvolvimento -, ao passo que pode se valer desse mecanismo como meio para seu desenvolvimento. Desde infraestrutura portuária até turismo, recepção de tecnologia e potencialização de sua industrialização, de modo que as vantagens em recepcionar investimentos são diversas. Sua localização estratégica, seus recursos naturais e consequente potencial de atividade econômica trouxe desde o início dos anos 90, com especial potencialização a partir de 2010, forte expansão na recepção de investimentos estrangeiros diretos, gerando interesses de diversos investidores, em especial da China.

Identificou-se a liderança de alguns Estados brasileiros na recepção dos investimentos, de modo que na Região Nordeste, o Estado da Paraíba, por exemplo, vem ganhando destaque e trazendo atenção dos principais parceiros comerciais do Brasil.

A análise das relações bilaterais estabelecidas entre Brasil e China no tocante a investimentos, mais diretamente ao setor energético brasileiro é o cerne desta pesquisa, de modo a identificar de que maneira os investimentos são propiciam desenvolvimento não somente para a produção de energia em si, mas para o desenvolvimento local.

Desde o final da década de 1990, a China busca se colocar entre as potências mundiais. Dessa forma, sua estratégia se orientou no sentido de internacionalização de suas empresas, de modo a buscar desenvolvimento econômico e conquistar influência no cenário financeiro global.

Brasil e China tiveram seu relacionamento estreitado por meio do comércio bilateral. O que se verificou é que, desde 2009, a China é o maior e mais importante parceiro comercial do Brasil, sendo, inclusive, o principal fornecedor de produtos importados pelos brasileiros desde 2012.

No entanto, a relação entre os dois países carece de cautela e prudência. As importações de alimentos e matérias-primas brasileiras para a China mantém o superávit da balança comercial brasileira. Por outro lado, os produtos chineses importados para o Brasil diminuem o potencial de competividade da produção brasileira no mercado doméstico em diversos setores, de modo que o país tem dificuldade de desenvolvimento de materiais com maior valor agregado.

Não obstante as questões comerciais envolvendo Brasil e China, em 2010 a China consolidou sua tática expansionista no Brasil por meio dos investimentos estrangeiros diretos.

O greenfield, enquanto tipo de investimento mais utilizado por parte das empresas chinesas demonstram que a estratégia empresarial é de longo prazo, com criação e aquisição de empresas e negócios destinados a uma rede de fornecedores locais, em especial na América Latina.

Neste diapasão, em especial desde 2014, os investimentos estrangeiros chineses se concentraram no setor energético. Nesse cenário, a presente pesquisa torna nítido o foco chinês desde a aquisição acionária de transmissoras de energia, até implantação de parques de energia renovável. Trata-se de setor líder em relação aos demais setores na distribuição setorial de financiamento de projetos no Brasil pela China.

Tal conclusão adveio da compreensão fornecida pelos dados relativos à incidência das formas de ingresso do investimento estrangeiro chinês, como meio de conclusão acerca do grau de comprometimento de instalação operacional no Brasil.

O desenvolvimento atrelado aos investimentos chineses se torna pauta no relacionamento com o Brasil no âmbito dos BRICS. Os organismos de fomento ao desenvolvimento criados neste certame ganham evidência, mais especialmente através do Banco de Desenvolvimento dos BRICS (NDB). Dessa forma, é possível a conclusão orientada nos esforços estabelecidos pelo bloco para busca pela resolução dos problemas dos seus países membros.

Destarte, houve orientação da China na direção de seus investimentos em setores como energias renováveis e petróleo e gás, o que promove o desenvolvimento, emprego e renda, como vem sobrevindo em Estados como o Ceará, Paraíba, São Paulo, dentre muitos outros.

Diante das iniciativas institucionais e legais das organizações internacionais e da consolidação dos conceitos de sustentabilidade enquanto forma de contrapartida, rentabilidade para o investidor, proteção do meio ambiente e desenvolvimento do destino do investimento são variáveis que cada vez mais são equilibradas.

Desse modo, a presente pesquisa conclui pela viabilidade de conciliação entre investimentos estrangeiros diretos e desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ACIOLY, Luciana; PINTO, Eduardo Costa; CINTRA, Marcos Antonio Macedo. **As relações bilaterais Brasil – China: a ascensão da China no sistema mundial e os desafios para o Brasil.** Brasília. Grupo de trabalho sobre a China (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). 2012. P. 35. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/5867110408_estudochinaipeamre.pdf. Acesso em 10/10/2019.

BECARD, Danielly Ramos; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; OLIVEIRA, Carina Costa. **O Brasil, a China e a VI Cúpula do BRICS.** Revista Contexto Internacional. Vol. 37. Nº 1. 2015. Rio de Janeiro. P. 92. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cint/v37n1/0102-8529-cint-37-01-00081.pdf. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Economia de mercado da China**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/documentos/publicacao/

anteriores/Economia%20de%20Mercado%20da%20China.htm>. Acesso em: 10/10/2019. in: Confederação Nacional da Indústria. Investimentos estrangeiros diretos no Brasil 2016 : os investimentos chineses no Brasil. Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2017. P. 80.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Boletim Bimestral sobre Investimentos Chineses no Brasil.** Ago/Set 2017. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/publicacoes/assuntos-internacionais/boletim-fdi-china-07-11-2017-1.pdf/@@download/file/Boletim%20-%20FDI%20-%20China%20-%2008.11.2017%20(1).pdf. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Embaixada do Brasil em Berlim. **Comércio Exterior.** Disponível em: http://berlim.itamaraty.gov.br/pt-br/comercio_exterior.xml. Acesso em Acesso em: 15/06/2016 In VIEIRA, Andreia Costa (Coord.). Estudos sobre Direito Econômico Internacional e Meio Ambiente. 2016. São Paulo : Torto & Direito.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores**. República Popular da China**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4926&Itemid=478&cod_pais=CHN&tipo=ficha_pais. Acesso em: 10/10/2019 In VIEIRA, Andreia Costa (Coord.). Estudos sobre Direito Econômico Internacional e Meio Ambiente. 2016. São Paulo : Torto & Direito.

Conselho Empresarial Brasil-China**. Investimentos estrangeiros no Brasil 2014-2015**. Conselho Empresarial Brasil-China – São Paulo: 2016. P. 13. Disponível em: http://cebc.org.br/sites/default/files/investimentoschineses14-15_portugues.pdf. Acesso em 10/10/2019.

CUNHA, Samantha Ferreira e; XAVIER, Clésio Lourenço**. Fluxos de investimento direto externo, competitividade e conteúdo tecnológico do comércio exterior da China no início do século XXI.** Revista de Economia Política. Vol. 30. Nº 3 (119). 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rep/v30n3/a08v30n3.pdf. Acesso em 10/10/2019.

HIRATA, Thaís. **China investe R$ 35 bi no país e consultores preveem mais aportes.** Folha de São Paulo, São Paulo, 07 nov. 2017. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1933341-china-investiu-r-35-bi-no-pais-e-consultores-preveem--mais-aportes.shtml. Acesso em: 10/10/2019.

OLIVEIRA, André Luiz Soares. **O investimento direto das empresas chinesas no Brasil -um estudo exploratório.** Dissertação (Dissertação em Direito) – UFRJ. Rio de Janeiro, p. 102. 2012.

TANG, Charles. **INVESTIMENTOS CHINESES NO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO: OPORTUNIDADES PARA O BRASIL**. Revista FGV Energia. 2017. P. 5. Disponível em: http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_agosto_-_charles_tang_0.pdf . Acesso em 04/12/2017.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. **Perspectivas e planejamento do setor energético no Brasil**. São Paulo. Revista Estudos avançados – USP nº 26. 2012. p. 252 Disponível em: http://www.journals.usp.br/eav/article/view/10636/12378. Acesso em 10/10/2019.

ARTIGOS - DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CONSTITUCIONALIDADE DO ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439

Elton Luiz Vidal Ferreira e Silva

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2017, sob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico e no Diário Oficial da União em 29 de setembro de 2017, com publicação do acórdão em 21 de junho de 2018 no DJe.

A referida ADI foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, no ano de 2010, e tinha como propósito atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 33 da lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), bem como ao art. 11 do decreto 7.107/10 (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil).

O objetivo seria compatibilizar os dispositivos citados com a previsão constitucional do art. 19, I, que contempla a laicidade do estado brasileiro. Dessa forma, a oferta do ensino religioso no ensino público de nível fundamental, plenamente garantida pelo art. 210, § 1º, da Constituição Federal, comportaria apenas a modalidade não confessional. Portanto, desautorizados o ensino religioso de natureza confessional ou interconfessional nas escolas públicas brasileiras.

Na ocasião do julgamento, o STF concluiu pela improcedência da pretensão apresentada pela PGR. Foram contrários à ADI os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Por outro lado, acolheram a tese apresentada os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

Prevaleceu a compreensão de que os dispositivos legais em pauta não estão em desacordo com a previsão do art. 19, I da Constituição Federal, uma vez que o artigo 210, § 1º, resguarda a laicidade estatal ao estabelecer a facultatividade do ensino religioso confessional. Sendo assim, concluiu-se que a redação do dispositivo supracitado autoriza as modalidades confessional ou interconfessional do ensino religioso nas escolas públicas, em decorrência dos princípios da liberdade de consciência e liberdade religiosa, bem como resguarda a laicidade do estado ao atribuir caráter facultativo à matrícula na disciplina.

Face ao exposto, surge o seguinte questionamento: A previsão do artigo 210, § 1º da Constituição Federal, como manifestação do princípio da liberdade religiosa, admite o ensino religioso confessional ou interconfessional, sem que haja violação ao princípio da laicidade, consagrado pelo art. 19, I, do texto constitucional?

2. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

2.1 Precedentes jurisprudenciais

Questões em torno da laicidade já pautaram discussões no âmbito do STF em outras ocasiões. Como exemplo, é possível citar a ADI 3.510 que tratou da Lei 11.105/05, a chamada Lei de Biossegurança, e a controvérsia em torno da utilização de células tronco. Outro caso notório partiu da ADPF 54, que discutiu a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Em ambos os casos, houve intenso debate de apelo religioso na sociedade. No entanto, a compreensão laica do ordenamento jurídico prevaleceu no tribunal, a despeito de todos os argumentos contrários (RANIERI, 2017).

Ranieri (2017) exemplifica a abordagem da laicidade na jurisprudência ao rememorar também a ADI 2.566, sobre a radiodifusão religiosa. Na ocasião, o STF exaltou o caráter neutro do estado, que não deve interferir

ou censurar ideias e grupos religiosos, sob pena de violar a liberdade de consciência e de crença.

Estes são alguns exemplos notórios, em que a laicidade estatal entrou em pauta nas discussões da suprema corte. Porém, ao direcionar o foco especificamente para o ensino religioso, que é o cerne deste trabalho, verifica-se que é tema mais recente na agenda do STF. Como bem explica a autora, até o fim do século passado a jurisprudência transitou por outros aspectos, que não o religioso, no que se refere ao direito à educação:

> Até os anos 2000, raros foram os casos levados à Corte que, diretamente, demandavam tutela para o exercício individual ou coletivo do direito à educação. Na década de 1990, por exemplo, prevaleceram as demandas relativas ao controle de mensalidades escolares, em face da disciplina legal de seu reajuste (Lei BR 8.039, 1990), ao abrigo do art. 173, § 4.o, da Constituição Federal. (RANIERI, 2017, p. 149)

Já na primeira década do novo milênio, a despeito do aumento no número de ações relativas à prestação educacional, o que se pautava também possuía outro enfoque:

> Tampouco o maior volume de ações educacionais julgadas pelo STF, até o final de 2013, deu-se no campo da defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis. No geral, eram ações individuais, voltadas a solucionar controvérsias relativas a transferências de militares e seus efeitos no ensino superior, reconhecimento de diplomas estrangeiros, etc. (RANIERI, 2017, p. 149)

Por outro lado, isso não quer dizer que a ADI 4439 foi pioneira em acionar discussões no âmbito do STF no tocante ao ensino religioso. Scalquette (2013) cita em sua obra "História do Direito: Perspectivas Histórico-Constitucionais da relação entre estado e religião" a ADI 3.268, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação no ano de 2004, que tem como objeto os artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual 3.459/2000, do estado do Rio de Janeiro. A demandante argumentou que estariam sendo violados os artigos 5º, VI, 22, XXIV, 37, caput, e 210, caput e parágrafo 1º da Constituição Federal pelos dispositivos do referido diploma legal.

Entre os pontos combatidos pela ação supracitada vale destacar a disposição do artigo 2º da lei 3.469/2000 que determina o credenciamento de professores por autoridade religiosa e exige do docente formação em instituição mantida ou reconhecida pela entidade confessional. Outro ponto que merece ênfase e é pertinente ao tema aqui estudado, é a redação do artigo 3º, que atribui caráter confessional à disciplina de ensino religioso e confere competência às autoridades religiosas para definir o conteúdo programático da matéria.

Porém, em breve consulta ao site da suprema corte é possível verificar que a ação segue pendente de julgamento, sendo o último andamento, datado em 26/08/2018, "Conclusos ao(à) Relator(a)" (BRASIL, 2018).

2.2 A ação direta de inconstitucionalidade 4439

Enfim, passo à análise da ADI 4439, objeto de estudo deste trabalho, proposta pela PGR em 2010. Inicialmente, vale destacar aqui os principais dispositivos legais atinentes à ação. Como mencionado na introdução, o que se pleiteava era a interpretação conforme à Constituição ao art. 33 da lei 9.394/96:

> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.
>
> § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
>
> § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (BRASIL, 1996, [s.p.])

Outro dispositivo infraconstitucional, alvo da ação da PGR, foi o art. 11 do decreto 7.107/10:

> Art. 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade

> confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
>
> §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2010, [s.p.])

Ambos os artigos citados deveriam receber interpretação jurisprudencial de forma compatível ao que estabelece o art. 19, I da Constituição Federal, quanto à laicidade do nosso sistema jurídico:

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 1988, [s.p.])

Sendo assim, o art. 210 da Constituição, que prevê expressamente a oferta do ensino religioso nas escolas públicas, admitiria apenas a modalidade não confessional de ensino:

> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.
>
> § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (BRASIL, 1988, [s.p.])

Conforme consta do acórdão, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, explica em seu relatório que no modelo não confessional, a disciplina deve se ater à "exposição das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não-religiosas" (BRASIL, 2017).

Ao proferir seu voto, Barroso sintetiza de forma inteligível o conflito pautado pela ADI:

> O art. 5º, VI da Constituição assegura o direito à liberdade religiosa. O art. 19, I consagra o princípio da laicidade. E o art. 210, § 1º prevê o ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental. O tema aqui discutido situa-se na confluência dessas três normas, cujo sentido e alcance precisam ser compatibilizados. As normas constitucionais devem ser interpretadas sistematicamente, levando-se em conta sua conexão com as demais. Aplica-se, assim, o princípio da unidade da Constituição, que impõe ao intérprete a tarefa de buscar a concordância prática entre os diferentes preceitos constitucionais, minimizando os conflitos e tensões que decorrem naturalmente do caráter pluralista do texto constitucional. (BRASIL, 2017)

O relator aponta com sabedoria que o litígio da questão encontra solução na conciliação entre três direitos de ordem constitucional, são eles: a liberdade religiosa, o estado laico e o ensino religioso. Ao invocar o princípio da Unidade Constitucional, Barroso é assertivo ao pontuar que a Constituição exige uma hermenêutica conexa e singular, de modo que os direitos entrem em convergência um com o outro.

Mais adiante, em seu voto, o ministro esclarece que o ordenamento jurídico não comporta outra modalidade de ensino religioso, senão o de natureza não confessional. A impossibilidade de admissão da disciplina, em caráter confessional ou interconfessional, fica evidente justamente pela necessária e indispensável conciliação entre a determinação do art. 210 com o princípio da laicidade. Para Barroso, a própria presença de uma disciplina para ensino religioso na educação pública já caracteriza uma exceção ao Estado Laico, de modo que deve ser aplicada a interpretação menos restritiva possível ao mandamento constitucional da laicidade.

Por fim, o relator opta pela procedência total da demanda apresentada pela PGR.

Em contrapartida, o ministro Alexandre de Moraes apresentou compreensão bastante divergente em relação à matéria. Ao votar, Moraes afirma que o real objetivo da ação, é a censura à livre manifestação do pensamento. O ministro argumenta que o estado não pode impor o conteúdo que deve ser aplicado ao ensino religioso sem incorrer em flagrante violação à liberdade religiosa.

Segundo o ministro, cabe ao estado, em obediência ao que determina o art. 210, § 1º, fornecer as condições necessárias para que os alunos, independente da crença, tenham acesso ao ensino religioso. Alexandre de Moraes explica que a facultatividade é a garantia de que não há violação à laicidade no ensino confessional, e que uma disciplina com abordagem meramente histórica ou filosófica no tocante à religião, não ensejaria matrícula facultativa.

Ainda nesse sentido, o ministro afirma:

> Os alunos que, voluntariamente, pretendam ter o ensino religioso católico, querem aprender e absorver esse tópico – o mistério da Santíssima Trindade – da "Teologia revelada", por uma questão de fé; não lhes bastando a mera exposição descritiva de maneira neutra. Essa neutralidade anula totalmente a ideia de ensino religioso. Por outro lado, aqueles que professam a crença islâmica, igualmente, não devem – em uma aula neutra e multifacetária – ser submetidos a essa mesma exposição descritiva ou não, pois estará em conflito com sua própria crença. (BRASIL, 2017)

Portanto, para Moraes a neutralidade demandada por uma laicidade absoluta, não se coaduna com a própria ideia de ensino religioso, que por sua vez presume uma íntima relação com os dogmas de uma determinada confissão. Por fim, ao não identificar incompatibilidade nos dispositivos legais impugnados com a Constituição Federal, o ministro votou pela improcedência total da pretensão formulada pela PGR.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin , seguiu o voto do ministro Alexandre de Moraes para rejeitar o pedido apresentado na ação. Fachin citou o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dos quais o Brasil é signatário. Segundo o ministro, o art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica reforça o princípio da liberdade religiosa, previsto pelo artigo 5º, VI, da Constituição, ao disciplinar que o direito de professar e divulgar religião e crença são abrangidos pelo princípio constitucional citado. No mesmo sentido, o art. 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos resguarda o direito de expressão religiosa por meio do ensino.

Fachin defende ainda que o pluralismo político e cultural presente na sociedade seja refletido também em ambiente escolar "A escola deve es-

pelhar o pluralismo da sociedade brasileira. Ela deve ser um microcosmo da participação de todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma" (BRASIL, 2017).

Já o ministro Luiz Fux foi ao encontro do entendimento apresentado pelo relator e fez um apontamento quanto à inviabilidade material do ensino confessional:

> ad impossibilia nemo tenetur, é absolutamente inverossímil a possibilidade de os colégios oferecerem professores para 140 religiões. Quer dizer, o Direito vive para o homem, para a realidade: são 140 religiões! Evidentemente que o Estado não tem condições de contratar professores para lecionarem em 140 religiões. (BRASIL, 2017)

O ministro considera ainda que tolerância e respeito à diversidade seriam melhor contemplados se estudantes tivessem acesso a uma disciplina de conteúdo programático plural, de modo que entrem em contato com cosmovisões distintas.

Gilmar Mendes deu sequência à divergência iniciada por Alexandre de Moraes. Mendes destaca em seu voto a distinção entre laicidade e laicismo. Segundo o ministro, a laicidade consiste na separação formal entre estado e entidades eclesiásticas, de modo que o poder público se coloca em posição de neutralidade no âmbito religioso. Há liberdade em igualdade de condições para todas as crenças e cabe ao estado zelar pelo direito à expressão religiosa da sociedade. Já o laicismo, atribui conotação negativa à religião, que deixa de ser uma manifestação legítima e que requer proteção do poder público, para se tornar algo apenas tolerável do ponto de vista jurídico. Naturalmente, o ministro não considera que laicismo seja o caso da República Federativa do Brasil, haja vista seu voto pela improcedência da ADI.

Feitos os principais destaques do acórdão, em síntese os ministros votaram da seguinte forma: Se posicionaram a favor da pretensão colocada pela PGR os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello. Foram contrários os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Portanto, após ampla deliberação, a Suprema Corte decidiu pela improcedência da ADI 4439, para declarar a constitucionalidade dos dis-

positivos impugnados, e assim sendo, a legitimidade do ensino religioso em caráter confessional ou interconfessional nas escolas públicas de ensino fundamental do Brasil.

3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

3.1 Pluralismo, laicidade e liberdade

A questão pautada pela ADI 4439 coloca em evidência alguns preceitos constitucionais, como o pluralismo político, art. 1º, V, a liberdade religiosa, art. 5º, VI, a laicidade, art. 19, I, entre outros. Por meio da análise desses postulados é possível afirmar que a nossa sociedade está constituída sob um regime jurídico que preza pelo respeito à liberdade individual e pela tolerância com a diversidade.

O caráter pluralístico do sistema normativo brasileiro é facilmente identificado por disposições ideologicamente contrárias presentes na Constituição Federal. Como por exemplo, os direitos sociais do art. 6º dividem espaço com a livre iniciativa da ordem econômica do art. 170; a proteção ao meio ambiente prevista pelo art. 225, convive com o desenvolvimento nacional enquanto objetivo da república, conforme consta no art. 3º; e, notadamente, o estabelecimento da laicidade pelo art. 19, I em coexistência com a determinação de ensino religioso na educação pública (LOURENÇO, 2017).

Ainda no que se refere ao pluralismo político, Lourenço afirma:

> O princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas está compreendido no princípio da liberdade de ensinar e divulgar o pensamento, visto que a ideia mesma de liberdade implica o respeito à diversidade de pensamento. São diversos os aspectos que envolvem o princípio do pluralismo, desde o reconhecimento das diferenças regionais e sociais, disposto no art. 3º da Constituição, passando pelas garantias do ensino religioso facultativo e das línguas indígenas maternas no ensino fundamental, constantes do art. 210, § 1º e 2º da Constituição. (LOURENÇO, 2017, p. 152)

Já a liberdade religiosa, contemplada no art. 5º, VII, da Constituição, e difundida em diversos dispositivos constitucionais, pode ser compreen-

dida como um direito à prestação negativa por parte do estado, ou seja, este não deve interferir na esfera privada do indivíduo, no que se refere ao seu livre direito de escolha com relação à crença com a qual se identifica (SCALQUETTE, 2013).

Ainda sobre a liberdade religiosa, Lourenço explica sua importância enquanto elemento essencial para o estabelecimento de um sistema laico e sua contribuição para uma sociedade menos segregada:

> A liberdade religiosa como ponto de partida e manutenção de todo sistema jurídico de natureza laica é fruto do estado liberal (burguês), e é um dos componentes do mito do Direito. Propor constitucionalmente uma organização estatal sem religião oficial e ir além ao declarar a liberdade de crença (e descrença), implica em congregar os cidadãos a um projeto de estado sem privilégios por força do mero credo de um grupo de pessoas, ainda que majoritário no seio da sociedade. (LOURENÇO, 2017, p. 153)

Por fim, a laicidade, intimamente ligada à liberdade religiosa, é uma característica que impõe ao estado uma conduta de isenção no que se refere à religiosidade, ou seja, o estado deve se abster de atuar, de forma proselitista, em conjunto com instituições ou grupos de natureza religiosa. Em um estado laico deve imperar a neutralidade em relação às denominações confessionais, sendo dever do poder público apenas garantir e proteger o direito dos cidadãos de professarem a fé de sua escolha. (SCALQUETTE, 2013).

De forma sucinta, Ranieri aponta "Estado laico é aquele no qual a atuação governamental é legitimada pela soberania popular e não pelo poder religioso" (RANIERI, 2017, p. 152). Portanto, um estado em que seja oficialmente atribuído ao poder religioso capacidade para interferir nas ações de governo, não pode ser classificado de outra forma senão como um estado confessional, tendo em vista que o modelo laico presume total independência entre as instituições públicas e as entidades religiosas.

Importante ponderar que a laicidade do estado não significa rejeição ao sentimento religioso da população, tampouco o estado laico é indiferente a questões ligadas à fé. Sendo a liberdade religiosa pressuposto básico para a caracterização de um estado laico, é dever deste proteger o direito daqueles que queiram expressar e exercer sua crença. O poder público

deve garantir a convivência plural e respeitosa entre as mais diversas agremiações de índole religiosa. (SCALQUETTE, 2013).

Valente (2018) entende que um estado laico possui papel fundamental na conciliação das diferenças por meio do estabelecimento de limites entre o permitido e o proibido no exercício da liberdade religiosa em âmbito público:

> é preciso que a esfera pública política, ou seja, o Estado, assuma para si a responsabilidade de regrar e de determinar aquilo que é permitido e o que é proibido nos espaços públicos, respeitando os princípios que compõem a laicidade: neutralidade, liberdade de consciência, igualdade e separação entre Estado e religiões. Apenas assim os cidadãos terão mais segurança em suas ações, e o convívio social será respaldado por valores éticos, como a tolerância, o respeito ao próximo, o sentido de humanidade, a liberdade e o reconhecimento da dignidade do outro. (VALENTE, 2018, p. 122)

Por fim, vale citar que Scalquette (2013) defende a existência de uma laicidade aparente. Segundo o autor, um estado pode se declarar laico, mas este não o será de fato, quando ao positivar leis e implantar políticas públicas, transpõe para a esfera estatal valores e concepções de cunho religioso.

3.2 O ensino religioso

Como citado anteriormente, a oferta de ensino religioso nas escolas públicas está expressamente prevista na Constituição. Portanto, o que se discute aqui não é se este deve ou não ser ministrado, essa decisão foi tomada quando da elaboração do texto constitucional pelo poder constituinte originário. A questão reside na forma como essa disposição se relaciona com o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente se deve ou não ser admitido o modelo confessional de ensino, de modo que não haja afronta aos demais direitos fundamentais.

De acordo com Lourenço (2017) a oferta do ensino religioso reflete o exercício da livre autonomia dos pais e alunos no que diz respeito às suas crenças e valores, resguardada a facultatividade da disciplina, caso não haja identificação com o conteúdo ministrado:

> a disponibilidade do ensino religioso de nível fundamental em escolas públicas é expressão da autonomia dos pais e dos alunos, vez que o conteúdo da disciplina deve ser capaz de transmitir – em alguma medida – a livre crença religiosa dos pais educada no seio familiar para os filhos. A matrícula facultativa, parece, nesse caso, uma forma de controle externo do ensino ministrado em escolas públicas, isto é, não confiando no plano de ensino da matéria, podem os pais optar pela não matrícula do filho. (LOURENÇO, 2017, p. 162)

Por sua vez, Scalquette (2013) compreende a presença do ensino religioso nas escolas públicas como uma manifestação da religião nas decisões político-legislativas do estado, o que prova que ao se declarar laico, o estado não está, na realidade, isento da influência religiosa. O autor explica ainda que, historicamente, o ensino religioso têm estado presente na esfera educacional do país, tendo em vista que é considerado parte da formação básica do cidadão, conforme consta de forma expressa no art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Dispositivo este, duramente criticado por Valente, que enxergou uma acepção excludente no texto da lei, ao não considerar aqueles alheios à fé, o que, segundo afirma, seria uma flagrante afronta à diversidade religiosa:

> Na interpretação que se faz, o artigo 33 da LDB, por si só, mostra-se incoerente. Ao dizer que a disciplina de Ensino Religioso seria parte integrante da formação do cidadão, a lei não respeita a diversidade religiosa do Brasil, uma vez que, incluída nessa diversidade religiosa, estaria a crença em não crer e a possibilidade de não ter uma religião. No mais, não é apenas a escolha religiosa que está em jogo, mas também o entendimento sobre o que é ser um cidadão. Questiona-se qual a relação entre cidadania e Ensino Religioso. (VALENTE, 2018, p. 115)

Adiante, vale destacar como se dá a presença do ensino religioso nas escolas brasileiras. Apesar da escassez de pesquisas sobre o tema, foram disponibilizados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) dados dos questionários da Avaliação Nacional do Rendimento Escolar, aplicados em 2013. Estes dados revelam que

o ensino religioso está presente em cerca de 70% das escolas da educação pública, sendo que deste montante, 54% afirmaram que a disciplina exige matrícula obrigatória, e 75% não oferecem atividades alternativas para os alunos, o que revela uma evidente obrigatoriedade de fato do ensino religioso, a despeito da facultatividade determinada pela Constituição Federal. (CUNHA, 2018).

Valente (2018) afirma que a ausência de uma regulamentação uniforme por parte do estado, provoca anomalias na prestação do ensino religioso por todo o país, de modo que cada unidade da federação possui particularidades, e possivelmente, irregularidades jurídicas como as que foram apontadas pelos dados citados. Ao tecer sua crítica, o autor defende a necessidade de normas mais explícitas e restritivas com relação à matéria.

No que se refere especificamente ao caráter facultativo da disciplina e à necessidade de atividades alternativas, Valente corrobora com o que foi exposto pelas informações disponibilizadas pelo INEP:

> O respeito ao caráter facultativo das disciplinas de Ensino Religioso também é desprezado em alguns estados, em que a matrícula na disciplina é automática, sendo dever dos pais ou responsáveis passar por uma situação de constrangimento para solicitar que seu filho não frequente a disciplina. Além disso, problematiza-se a não existência de outras disciplinas também facultativas para escolha por parte dos alunos. Ou seja, os alunos que escolhem não participar da disciplina precisariam ter outras opções, para que não sejam "expostos" aos outros por não se interessar pela disciplina e não fiquem no pátio da escola, sem nenhuma atividade agregadora. (VALENTE, 2018, p. 117)

Sendo assim, constata-se que o ditame constitucional pertinente ao ensino religioso não parece encontrar fiel repercussão na realidade cotidiana das escolas.

3.3 A fé na sala de aula

Em sua modalidade confessional, o ensino religioso transcende a barreira do conhecimento científico de caráter histórico e filosófico, para aderir ao culto de símbolos e valores que compreendem o portfólio de uma determinada religião.

Naturalmente, tendo em vista a índole confessional do conhecimento ministrado, os docentes responsáveis são representantes das respectivas religiões. O estado, por sua vez, cede o espaço das salas de aula nas instituições públicas de ensino, bem como a logística necessária para a oferta da disciplina. Ocorre que, na prática, há uma prevalência das denominações religiosas majoritárias (VALENTE, 2018).

Segundo Valente (2018), nem todas as entidades religiosas têm condições ou mesmo interesse em promover suas crenças no ambiente escolar, situação esta em que, por exemplo, se enquadra o Judaísmo. Sendo assim, essa conjuntura acaba por favorecer aquelas religiões mais organizadas como instituição social e que têm o objetivo de expandir o alcance de sua doutrina. Consequência lógica é que apenas alunos adeptos das religiões dominantes na demografia social são contemplados, os demais estão excluídos.

Nesse sentido, Lourenço opina que diante da impossibilidade de se oferecer um conteúdo plural e conciliatório, que contemple a diversidade cultural no aspecto religioso, o estado deveria se abster de atuar na questão, preservando sua neutralidade conforme manda o princípio da laicidade:

> Caso o Estado não seja capaz de ofertar um ensino de natureza plural, contendo os mais diversos valores da maior quantidade de religiões existentes, melhor não ofertar a disciplina, visto que o direcionamento a uma ou outra religião poderia atuar de modo a conduzir a crença do aluno para doutrina determinada, o que teria reflexo direto na autonomia individual que nesta configuração restaria violada por ação – pela oferta de somente uma visão de mundo na disciplina ensino religioso – e omissão – ao não fornecer uma pluralidade de doutrinas da religião – do próprio Estado. (LOURENÇO, 2017, p. 162)

Para o autor, a laicidade surge como baliza no poder de intervenção do estado na esfera privada dos estudantes. Ao permitir que a escola se torne ambiente de doutrinação para as denominações religiosas mais poderosas no contexto social, o estado brasileiro estaria negligenciando o caráter laico ao qual deve obediência. Sendo assim, a única alternativa ao ensino religioso em nosso sistema jurídico seria a modalidade não confessional (LOURENÇO, 2017).

Compreensão semelhante possui Ranieri, ao discorrer sobre influência do princípio da laicidade em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa no histórico constitucional pátrio:

> Conjugadas tais disposições ao princípio da laicidade do Estado, a interpretação jurídica prevalecente é a de que o ensino religioso nos estabelecimentos públicos não pode ser confessional. É o que se conclui em face da tradição republicana laica, que veda ao Estado brasileiro tanto o fomento quanto a obstrução de cultos religiosos, de forma a manter o poder público em posição simultânea de imparcialidade e de pluralismo em relação às religiões. (RANIERI, 2017, p. 153)

Ranieri (2017) disserta sobre os desafios no campo institucional do estado para se esclarecer questões como a natureza jurídica do ensino religioso confessional, ou como deve ser definido o conteúdo da disciplina, e ainda, qual a extensão do conceito de proselitismo. Diante de tantas questões controversas, entende ser inviável insistir em uma questão que não parece encontrar um denominador comum, motivo pelo qual atesta não haver alternativa jurídica ao ensino religioso que não sua abordagem de cunho meramente histórico.

Por fim, Cunha tece considerações relevantes quanto à inviabilidade do ensino religioso confessional em seu aspecto material e econômico:

> "Fazer do ER disciplina efetivamente facultativa significa oferecer aos alunos alternativas que exigem mais espaço e pessoal, recursos raramente disponíveis nas escolas públicas. Por outro lado, se professores são designados para aquela disciplina, os diretores são instados a montarem turmas e convocarem alunos. Assim, para não deixar os alunos vagando no pátio nem professores sem alunos, o ER é apresentado como obrigatório ou, então, como algo diferente do que é." (CUNHA, 2018, p. 903)

Por outro lado, o ensino religioso confessional pode ser compreendido como um desdobramento de uma laicidade mitigada, que não possui capilaridade suficiente para penetrar em uma conjuntura social, fortemente influenciada por valores religiosos, a ponto de repelir todo e

qualquer aspecto dogmático da esfera estatal. Portanto, natural o estado, constituído por pessoas, projetar aquilo que estas representam. (SCALQUETTE, 2013)

Scalquette destaca, como exemplo dessa mitigação, a ressalva constitucional quanto à colaboração de interesse público, circunstância em que o estado está autorizado a atuar em parceria com entidades religiosas "Portanto, podemos concluir que a expressão 'colaboração de interesse público' pode abarcar atos de acolhimento de determinadas ações religiosas, desde que este acolhimento não impeça outras confissões e manifestações de outros credos." (SCALQUETTE, 2013, p. 187).

Finalmente, o autor interpreta o debate em torno do ensino religioso como algo inerente ao processo de amadurecimento do estado democrático de direito:

> "A ampliação ou a redução da interferência da crença religiosa, tudo isso, dependerá da vontade externada pelos representantes do povo e, por consequência, do amadurecimento das instituições democráticas que serão sempre palco dos debates sobre questões que se relacionam com credos religiosos. Vislumbramos que essa é a experiência que deve existir na vida política de um Estado que é chamado de Democrático de Direito, onde, por maior que seja a influência religiosa, ela apenas será aceita se refletir a vontade da maioria, tendo sido respeitados todos os processos que habilitam a decisão e escolhas feitas." (SCALQUETTE, 2013, p. 212)

Isto posto, conforme avalia Scalquette, a demanda por prestação educacional religiosa decorre de legítimo sentimento popular. Desse modo, é possível concluir que a eventual manutenção ou supressão de manifestações de cunho religioso em âmbito estatal, será o reflexo dos anseios que emanam precipuamente da vontade do povo dentro do processo democrático.

4. POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO:

Qualquer matéria que envolve o balanceamento de princípios e determinações constitucionais tende a ser de difícil solução. Conforme consta do acórdão da ação (BRASIL, 2017), o ministro Luís Roberto Barroso foi

preciso ao apontar que o deslinde da questão passa, inevitavelmente, pela harmonização entre três postulados constitucionais: a liberdade religiosa, a laicidade e o ensino religioso.

Após análise da ADI 4439 e da literatura relacionada, é razoável compreender que a decisão proferida pela corrente majoritária do STF foi fruto de uma conclusão plausível a qual chegaram os ministros.

Sendo assim, sob uma perspectiva estritamente jurídica, entende-se que a decisão da suprema corte encontra respaldo constitucional. A Constituição Federal consagra a laicidade em nosso sistema, mas também determina a oferta do ensino religioso com a ressalva de seu caráter facultativo. A facultatividade imposta a este, elimina o aparente conflito com os atributos do estado laico. Vale destacar que a intenção dos constituintes ao incluir a disposição do art. 210, I no texto constitucional, certamente era a de garantir o ensino religioso em caráter confessional nas escolas públicas brasileiras. Essa constatação é possível, tendo em vista ser esta a única disciplina citada expressamente no texto da lei maior. Também é crível concluir que não seria necessário estabelecer caráter facultativo ao ensino religioso, se este não possuísse propósito confessional.

No entanto, é preciso esclarecer que, evidentemente, há uma carga de subjetividade no sopesar dos preceitos constitucionais realizado por cada um dos ministros. Defende-se aqui que a decisão proferida pela Suprema Corte está embasada em uma construção lógica e coerente do raciocínio jurídico, mas é preciso tecer outras considerações.

Em uma análise mais abrangente que dá especial relevância a fatores políticos e sociais, ou ainda sob uma ótica mais humanista do direito, que coloque o fundamento da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia como diretrizes soberanas da república, a solução apontada pelo STF pode não ser a mais adequada.

Conforme exposto ao longo deste trabalho, Scalquette (2013) esclarece que uma das acepções do princípio da liberdade religiosa, consiste no dever do estado de se abster de interferir na esfera íntima da religiosidade dos cidadãos. Neste enquadramento, presume-se que a facultatividade do ensino religioso resguardaria a liberdade religiosa. Afinal, ninguém estaria, em tese, obrigado a se matricular e frequentar a disciplina.

Ocorre que, em verdade, há uma dominância das denominações majoritárias em detrimento das minorias religiosas, como bem afirma

Valente (2018). Nesse sentido, Lourenço (2017) é certeiro ao considerar que a prevalência de uma determinada religião em ambiente escolar, tem a capacidade de influir na autonomia individual do aluno. Os dados da Avaliação Nacional do Rendimento Escolar disponibilizados pelo INEP e citados por Cunha (2018) comprovam que, na prática, o ensino religioso recebe tratamento de disciplina obrigatória, o que corrobora com a tese de dominância das confissões majoritárias e asfixia das minorias.

Em sequência, importante apontar, como explica Valente, que a igualdade é um dos princípios que compõe a laicidade, e portanto deve pautar a atuação de um estado laico no que se refere à religiosidade, e consequentemente ao ensino religioso. O postulado constitucional da isonomia implica em "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades" (NERY JR. apud AMARAL, 2010, p. 91). Nesse sentido, se sabidamente temos uma maioria religiosa no país frente a grupos minoritários, permitir o ensino religioso confessional seria ignorar completamente as condições de desigualdade em que estes se encontram.

Portanto, é possível concluir que ainda que a decisão do STF esteja respaldada por um raciocínio jurídico lógico, ela não atende com primazia ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, o que não contribui para a pacificação dos conflitos na realidade fática. Feitas essas considerações, entende-se que não há como a previsão do art. 210, I da Constituição, admitir o ensino religioso confessional nas escolas públicas sem incorrer em violação à laicidade, quando considerada em seu aspecto mais associado ao princípio constitucional da isonomia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 2, n. 2, p. 85-108, Dez. 2010 .

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3268. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 set. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2234409. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 set. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

BRASIL. Decreto 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

CUNHA, Luiz Antônio. TRÊS DÉCADAS DE CONFLITOS EM TORNO DO ENSINO PÚBLICO: LAICO OU RELIGIOSO?. **Educ. Soc.**, Campinas , v. 39, n. 145, p. 890-907, Dec. 2018.

LOURENCO, CRISTINA SÍLVIA ALVES; GUEDES, MAURÍCIO SULLIVAN BALHE. O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba , v. 4, n. 3, p. 145-165, Dec. 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Pro-Posições**, Campinas , v. 28, n. 2, p. 141-171, Aug. 2017 .

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito:** perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo, Atlas, 2013.

VALENTE, Gabriela Abuhab. Laicidade, Ensino Religioso e religiosidade na escola pública brasileira: questionamentos e reflexões. **Pro-Posições**, Campinas , v. 29, n. 1, p. 107-127, Apr. 2018.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E ARRECADAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DOS IMÓVEIS URBANOS ABANDONADOS

Eduardo Faria Fernandes

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As paisagens urbanas das principais cidades brasileiras apresentam em comum um número cada vez maior de imóveis em aparente situação de abandono. Um fato cada vez mais evidente, que implica consequências muito negativas para o ambiente urbano e que, sob diversos ângulos, compromete o pleno atingimento das funções sociais da cidade.

Como uma das alternativas para o enfrentamento do problema, este estudo analisa as peculiaridades da utilização do instituto da arrecadação de imóveis urbanos abandonados, positivado no artigo 1.276 do CC e disciplinado pela Lei nº 13.465/2017, em especial, quanto à possibilidade de harmonização entre a previsão de incorporação ao patrimônio público municipal ou distrital dos imóveis declarados administrativamente como abandonados e o direito fundamental de propriedade.

2 A PROPRIEDADE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A propriedade é um instituto natural apreendido, antes mesmo do desenvolvimento do Direito, a partir da vontade humana de apropriar-se

materialmente de tudo que se julgue necessário à satisfação dos interesses particulares ou coletivos.

As raízes históricas do conceito jurídico de propriedade foram sedimentadas no *Corpus Iurris Civilis* romano, tendo evoluído do poder do *paterfamilias* sobre as coisas, o *domínum* (KASER, 1984, p. 117), termo técnico, sinônimo de "*proprietas*", que, referente ao que é particular ("*proprius*"), deu origem à palavra "propriedade", que "genericamente designa qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente. [...] o bem que pertence exclusivamente a alguém" (SILVA, 2012, p. 1114).

O instituto da propriedade romana surgiu essencialmente privado, como o exercício do *dominium* pelo *paterfamilias* sobre as coisas em poder da sua família, em contraposição aos interesses de todas as outras pessoas, famílias e dos embrionários organismos políticos há época existentes (MONIZ, 2005, p. 19). Ressalte-se que nessa fase inicial, o direito de propriedade não era considerado absoluto, admitindo, excepcionalmente, limitações no interesse de terceiros ou da coletividade (DE FARIAS, ROSENVALD, 2008. p. 172). Foi apenas com o início da idade média, quando a ausência de um governo central fortaleceu o poder dos senhores de terras, que o direto de propriedade assumiu um caráter absoluto.

Posteriormente, tendo como marco jurídico fundamental a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão, de 1789, o caráter absoluto da propriedade constituiu, durante os séculos XVIII e XIX, ao lado das liberdades individuais, as bases do direito privado do Estado Liberal.

De acordo com Sylvio Capanema (2004, p. 40-45), o primeiro regime jurídico da propriedade privada autenticamente brasileiro foi inaugurado pelo Código Civil de 1916, que propagando a influência do Estado Liberal na promoção da tutela jurídica da propriedade privada, assegurava ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possuísse.

A crise do conceito clássico de propriedade teve início ainda no período da revolução industrial, mas apenas no início do século XX superou-se a perspectiva liberal do direito de propriedade (FONTES, BASILIO, 2009, p.41). Num movimento que marcou a passagem do modelo de estado liberal para o de estado social, o processo de constitucionaliza-

ção do direito privado determinou a releitura do direito de propriedade à luz dos direitos e princípios humanos fundamentais.

A sujeição do direito privado aos axiomas dos direitos humanos implicou a reformulação teórica da concepção de propriedade como uma situação subjetiva de poder de pessoas sobre objetos, para admiti-la como espécie de relação jurídica complexa, que envolve além da coisa e do respectivo titular do direito, a coletividade. É justamente conceber a natureza relacional da propriedade que passa possibilita o reconhecimento das obrigações do proprietário com os interesses públicos e coletivos (TEPEDINO, 2004, p.22).

O lastro teórico para o desenvolvimento da doutrina jurídica que fundamentou a relativização do direito de propriedade remonta ao período histórico compreendido entre as últimas décadas do século XIX e as primeiras do século XX, quando, sob a influência do positivismo de Augusto Comte, os juristas francêses Leon Deguit e Louis Josserand deram início a uma revolução humanística no conceito de propriedade (HAGE, 2017, p.76). Para Deguit, a propriedade privada não poderia continuar sendo protegida como um direito absoluto, mas sim, apenas na medida em que desempenhasse uma função socialmente relevante (MELLO, 1987, p. 39).

Segundo Hely Lopes Meirelles (1996, p. 24), a encarnação da função social da propriedade privada como princípio jurídico foi responsável por fazer com que a proteção jurídica conferida pelo Direito à propriedade se justificasse apenas mediante ao atendimento de uma função relevante para a sociedade. De acordo com esta doutrina, em caso de utilização inadequada, estaria o Estado legitimado a intervir na propriedade particular para garantir o cumprimento de sua função social.

Considerada a amplitude do conceito, é possível identificar ao menos três utilidades diretas do princípio da função social da propriedade. Além de servir como parâmetro de comportamentos do proprietário, delimitando o alcance do exercício legítimo do domínio de acordo com os valores fundamentais da Constituição, a função social da propriedade orienta o legislador na avaliação da regulamentação do exercício do direito, de forma a inadmitir a normatização de condutas conceda ao proprietário poderes supérfluos ou contraproducentes ao interesse social, e serve ao juiz como critério de interpretação da disciplina proprietária (GONDINHO, 2000, p. 421).

No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que pela primeira vez reconheceu a função social da propriedade como fundamento de validade do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, XXIII e XXIV) e como princípio vetor da ordem econômica (art. 170, III), da política urbana (art. 182, §2º), da política Agrícola e Fundiária e da Reforma agrária (art. 186), repercutindo, inclusive, na estrutura principiológica da tutela do meio ambiente (art. 225)[12].

Consequentemente, Gustavo Tepedino (2004, pp. 317-323) sustenta que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1998, o direito de propriedade como classicamente teorizado sofreu um processo de filtragem constitucional, deixando de possuir um caráter absoluto, uma vez que seu conteúdo passou a ser limitado por "interesses extraproprietários". Segundo o autor, o contorno do direito de propriedade após 1988 tem matriz constitucional, estando sua proteção jurídica condicionada à obrigação de, independentemente da efetiva destinação de seu objeto, o seu exercício se coadune com o compromisso com "a realização do projeto constitucional".

Nesse contexto, além do poder de usar, gozar, fruir, dispor e reaver o bem de quem quer que injustamente o detenha, o compromisso com a função social da propriedade impõe ao proprietário a obrigação de agir positivamente em prol de interesses coletivos.

Posto isto, impende ressalvar que embora o regime jurídico que disciplina o direito de propriedade estabeleça a vinculação do seu legítimo exercício à observância do princípio da função social, de forma alguma essa relação afetou o direito de propriedade em si, que permaneceu absoluto e erga omnes, ainda que encontre limites no respeito ao bem-estar da coletividade (COSTA; ACYPRESTE, 2016, p. 1838).

Entretanto, como destaca Kiyoshi Harada (2014, p.8), embora o ordenamento jurídico brasileiro preserve a fundamentalidade da propriedade, de acordo com o regime constitucional em vigor, a tutela ju-

12 Segundo Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior (2004, p. 195), a primeira disposição de natureza constitucional da qual poder-se-ia extrair, ainda que implicitamente, a noção de função social da propriedade constava da Constituição Brasileira de 1934, que garantia do direito de propriedade, desde que não fosse este exercido em contrariedade ao interesse social e coletivo. Sendo certo que a primeira constituição a positivar o princípio da função social da propriedade foi a de 1967.

rídica da propriedade privada só se justifica enquanto cumpre a função social. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin (2009. p. 280) deixa claro que a inobservância do compromisso do proprietário com a função social tem como principal consequência a perda da proteção possessória constitucional.

Incorporando valores éticos e socializantes ao direito privado brasileiro, o Código Civil Brasileiro de 2002 alterou essencialmente o regime jurídico da propriedade privada. Ao dispor sobre o direito real de propriedade entre os seus artigos 1.228 e 1.368-B, o novo código alinhou o direito privado ao regime constitucional da propriedade, que vincula a proteção do direito de propriedade à observância de sua função social[13], uma guinada coletivista evidente na redação do artigo 1.228, que positiva os direitos do proprietário.

Em consonância com o regime constitucional da propriedade, o Código Civil estabelece que o exercício do direito de propriedade deve estar de acordo com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo a preservar a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico.

Especificamente em relação à propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988 estabelece um regime especifico, relacionando a observância do compromisso com a função social ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação urbana expressas no plano diretor (art. 182, §2º). Nesse sentido, Edésio Fernandes (2002, p. 14) sustenta que "o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal".

Portanto, compete aos municípios o relevante papel de delimitar os contornos da função social em âmbito local de acordo com as próprias peculiaridades, conforme definido no respectivo plano diretor[14]. Dessa forma, consideradas as características que marcam espaços urbanos diversos,

13 De acordo com Miguel Reale (2001, p. 64.), o Código Civil de 2002 incorporou o conceito constitucional de propriedade ao campo do direito privado, dando origem a um novo conceito de propriedade, que superou "a compreensão romana quiritária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor".

14 Aderson Schreiber (2000) ressalta que o STF já reconheceu como violada a função social por propriedade privada que desrespeita normas municipais de caráter urbanístico.

é forçoso concluir pela existência de uma natural margem de variabilidade entre os conceitos aplicáveis em cada cidade.

Corroborando a natureza hibrida dos contornos do direito de propriedade, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), editado para regulamentar o art. 182, da CRFB, estabelece um conjunto de normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. A esse respeito, merece ser destacado o artigo 2º, do Estatuto da Cidade, que elenca as diretrizes da política urbana nacional.

Portanto, em relação à propriedade urbana, evidencia-se que a proteção constitucional ao direito fundamental da propriedade se insere num contexto sóciojurídico no qual é delimitado pelo compromisso com a função social da propriedade urbana e com a promoção do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, competindo ao Poder Público Municipal combater o uso nocivo dos imóveis urbanos, com a utilização de todos os instrumentos legitimamente admitidos pelo direito.

3 DO ABANDONO COMO CAUSA DA PERDA DA PROPRIEDADE E DA ARRECADAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS ABANDONADOS

As hipóteses gerais de perda da propriedade estão descritas no art. 1.275, do CC[15]:

> Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:
>
> I - por alienação;
>
> II - pela renúncia;
>
> III - por abandono;
>
> IV - por perecimento da coisa;
>
> V - por desapropriação.

15 Além das hipóteses elencadas no art. 1.275, o Código Civil de 2002 reconhece outras causas para a perda da propriedade, por exemplo: a morte, a ausência, a usucapião e, quando aplicável o artigo 1.228, §5º, do CC, a sentença judicial.

> Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

Como se pode notar, o Código Civil em vigor expressamente reconhece o abandono dentre as causas gerais de perda da propriedade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 331), o abandono é ato unilateral, caracterizado pela intenção de não mais ter a coisa para si (*animus abandonandi)*, através do qual, independentemente de manifestação expressa, o titular do domínio abre mão de seus direitos sobre determinado bem.

Nesse sentido, uma vez que o parágrafo único do art. 1.275 dispensa a pratica de qualquer ato registral para a efetivação do abandono, inclusive de bens imóveis, o que caracteriza o abandono é a exteriorização do *animus* de não mais querer ser o proprietário da coisa manifestado através da prática de condutas incompatíveis com a intenção de preservar o bem em seu patrimônio.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) corrobora a desnecessidade de rechaçando a necessidade da produção de qualquer ato formal para a caracterização do abandono que rompe o vínculo de domínio[16].

Essa é a principal distinção entre o abandono e a renúncia, justamente a desnecessidade para a caracterização do estado de abandono de expressa manifestação de vontade do proprietário, de quem exige-se, apenas, a prática de condutas incompatíveis com a efetiva vontade de manter determinado bem em seu patrimônio.

Portanto, para o Direito, o ato de abandonar tem um conceito técnico. O abandono a que se refere o art. 1.275 do CC é a manifestação inequívoca da intenção de não mais conservar determinado objeto móvel ou imóvel como seu, abrindo mão dos direitos e libertando-se das responsabilidades

---

16 RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - AÇÃO DE INVENTÁRIO - PRETENSÃO DE UM DOS HERDEIROS DE TRAZER À COLAÇÃO BEM IMÓVEL QUE TERIA SIDO ABANDONADO PELO DE CUJUS - FORMALIZAÇÃO DO ABANDONO DE PROPRIEDADE IMÓVEL - DESNECESSIDADE, PARA OS FINS COLIMADOS NA PRESENTE AÇÃO - AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ABSTENÇÃO DOS ATOS DE POSSE PELO TITULAR, COM ÂNIMO DE ABANDONAR - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO (REsp 1176013/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010).

sobre o referido bem. Logo, o conceito técnico-jurídico de abandono transborda os significados que os dicionários comumente lhe conferem, no mais das vezes associando-o a termos como "desuso" ou "negligencia, pois apenas a evidência de que o proprietário não quer mais possuir o imóvel tem o condão de romper o vínculo dominial (GONÇALVES, 2018, p. 332).

Nota-se que o art. 1.275 do CC evidencia que é o comportamento inadequado do proprietário, ou melhor, a ausência de comportamento adequado do proprietário, que dá causa à ruptura do vínculo de propriedade. Ou seja, de acordo com a norma do art. 1.275, do CC, o abandono do imóvel rompe como o liame dominial que fundamenta a titularidade material do proprietário sobre a coisa. Esta, uma vez abandonada, passa a ser considerada vaga, sem proprietário (GONÇALVES, 2018, p.332), podendo qualquer pessoa dela se apossar.

Contudo, ainda que enquanto abandonadas as coisas permaneçam passiveis de aquisição originária por qualquer pessoa através da ocupação ou da usucapião, em se tratando de bens imóveis, o art. 1.276, do CC prescreve a possibilidade da sua arrecadação como coisa vaga pelo Município ou Distrito Federal onde se encontre. *In literis:*

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

> § 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.
>
> § 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Merece destaque a redação do §2º, do artigo 1.276, do CC que estabelece a presunção do *animus abandonandi.* Como o maior obstáculo a efetiva utilização do instituto da arrecadação residia na dificuldade de demonstração cabal da intenção de abandonar, o Código Civil fixou no § 2º, do artigo 1.276 do CC a presunção *iuris et iure* da intenção de não mais

conservar imóvel ao positivar que "presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais". Conforme a norma retro, uma vez constatada a cessação dos atos de posse sobre determinado imóvel urbano, a presunção absoluta do abandono exige apenas a certificação da inadimplência dos respectivos ônus ficais.

Apesar da manifesta intenção de conferir maior eficácia ao instituto da arrecadação de imóveis abandonados, a previsão do §2º do art. 1.276, CC foi alvo de grande polêmica com base em críticas que sustentaram a sua inconstitucionalidade. Para Carlos Alberto Dabus Maluf (2008. p. 1329), a referida norma viola a vedação constitucional ao confisco (art. 150, VI, da CRFB), uma vez que vincula a identificação do abandono ao não pagamento de impostos reais. Em campo diametralmente oposto, Francisco Eduardo Loureiro (2013, p. 1274) sustenta a constitucionalidade da norma, afirmando que o §2º, do artigo 1.276, do CC apenas dá significação ao *animus abandonandi*, estabelecendo critérios para a sua identificação.

Apesar da polêmica já se arrastar por quase duas décadas, até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) não apreciou, à luz da ordem constitucional em vigor, a previsão que autoriza o Poder Público local a arrecadar imóveis abandonados. Contudo, insta salientar que, em sede de Recurso Extraordinário (RE 69242/Guanabara), julgado em 17.09.1971, o STF apreciou um caso concreto em que reconhecera como válida a arrecadação judicial por estado membro da federação fundamentada na norma do §2º, art. 589, do Código Civil de 1916. Além disso, convém ressaltar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a norma do art. 589, do Código Civil de 1916, que vigorou até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em 2003, não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. De onde se conclui pela sua recepção frente a ordem constitucional vigente.

Por sua vez, no âmbito da jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a Corte Fluminense já reconheceu com base no §2º, do art. 1.276, do CC a possibilidade de arrecadação pela municipalidade de imóvel urbano abandonado[17].

---

17 TJRJ: Apelação cível 0005425-33.2010.8.19.0202 - Des (a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 09/10/2012 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL / Apelação Cível 0020266-31.1999.8.19.0004 - Des (a). NANCI MAHFUZ - Julgamento: 08/07/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

Assim, na forma do disposto no Código Civil em vigor (art. 1.275 c/c 1.276), é legítima a arrecadação de imóvel urbano pelo Município (ou Distrito Federal) em cuja circunscrição esteja localizado, desde que o imóvel tenha sido intencionalmente abandonado pelo proprietário, não estando na posse de outrem (art. 1.276, caput, do CC), sendo certo que, cessados os atos de posse, deixando o proprietário de satisfazer os respectivos ônus fiscais (art. 1.276, §2º, do CC) presumir-se-á a intenção de abandono.

Recentemente o procedimento de arrecadação de imóveis abandonados foi disciplinado através da Lei nº 13.465/2017. Editada para dispor sobre o procedimento de regularização fundiária rural e urbana; sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; instituir mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, entre outras providências, a Lei nº 13.465/2017 arrola, no art. 15, IV, a arrecadação de bens vagos entre os instrumentos de regularização fundiária urbana, disciplinando o procedimento nos artigos 64 e 65, nos quais reafirma a necessidade de demonstração dos elementos que caracterizam o efetivo abandono da propriedade, a natureza de bem vago do imóvel abandonado, estabelece normas gerais para o procedimento administrativo de arrecadação e elenca um rol exemplificativo de destinações possíveis para o imóvel incorporado ao patrimônio municipal na forma do disposto no art. 1.276, do CC.

A cerca das novas disposições sobre o instituto da arrecadação de imóveis abandonados, importa destacar a edição do Decreto nº 9.310/2018, publicado em 15 de março de 2018, que, regulamentando a Lei nº 13.465/2017, dispõe pormenorizadamente sobre o procedimento de arrecadação (art. 73 e 74).

Dentre os ajustes que a Lei nº 13.465/2017 e o Decreto nº 9.310/2018 fizeram ao regramento do instituto da arrecadação de imóveis abandonados instituído pelo Código Civil, destaca-se a regra positivada nos artigos 64, §1º (Lei nº 13.465/2017) e art. 73, §1º (Decreto nº 9.310/2018), para fins de aplicação do §2º, do artigo 1.276, do CC, define o inadimplemento apto a ensejar a legítima presunção de abandono como aquele que perdura, no mínimo, por cinco anos. Uma alteração que enfraquece os argumentos pela inconstitucionalidade da

norma do §2º, do art. 1.276, do CC sob a alegação de violação ao princípio da vedação ao confisco.

Assim, inovando em relação ao disposto no §2º, do art. 1.276, do CC, o §1º, do art. 64, da Lei nº 13.465/2017 estabelece que a presunção de abandono exige, além da cessação dos atos de posse, que o inadimplemento dos ônus fiscais instituídos sobre a propriedade predial e territorial urbana, perdure por cinco anos.

Também deve ser reconhecido à Lei nº 13.465/2017, na forma da sua regulamentação pelo Decreto nº 9.310/2018, o mérito de positivar garantias mínimas ao devido processo legal. Uma vez que o Código Civil não disciplinou o procedimento administrativo de arrecadação, a doutrina nacional apontava a necessidade de estrita observância de um procedimento administrativo que possibilitasse ao interessado o exercício da defesa do respectivo direito de propriedade. Nesse sentido, o enunciado 242, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), segundo o qual "A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse".

Andaram bem, portanto, os poderes Legislativo e Executivo da União ao estabelecerem nos artigos 64, §§2ºe 3º, da Lei nº 13.465/2017 e art. 73, §§2º, 3º, 4º, 5º e 6º do Decreto nº 9.310/2018 as linhas gerais do procedimento administrativo de arrecadação de imóveis abandonados. Ao positivar exigências mínimas a serem observadas na regulamentação do procedimento em âmbito local, as normas gerais contribuem para a garantia do direito ao devido processo legal, uma vez que garantem a ampla defesa e o exercício do contraditório pelos interessados.

4 DO PROCEDIMENTO DE ARRECADAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS ABANDONADOS

Embora fixe um mínimo procedimental de observância obrigatória, a Lei nº 13.465/2017 reconhece ser de competência municipal ou distrital a regulamentação do procedimento administrativo de arrecadação em âmbito local.

Nesse sentido, o §2º, do artigo 64 exige a abertura de processo administrativo para tratar da arrecadação, no qual deverá ser demonstrada a comprovação do tempo de abandono e de inadimplência fiscal, bem como

a notificação ao titular do domínio para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, sob pena de a ausência de manifestação ser interpretada como concordância com a arrecadação (art. 64, §3º, da Lei nº 13.465/2017).

Quanto à legitimidade para solicitar a instauração de procedimento administrativo de arrecadação, o §5º, do art. 73, do Decreto nº 9.310/2018, estabelece que este poderá ser instaurado de ofício ou a requerimento de terceiro interessado.

Especificando os meios admitidos para a notificação do titular do domínio, o §3º, do art. 73, do Decreto nº 9.310/2018 determina que a notificação do titular do domínio deve ser feita por via postal com aviso de recebimento, no endereço que constar do cadastro municipal ou distrital, e será considerada efetuada quando comprovada a entrega nesse endereço. Apenas quando não forem localizados os titulares do domínio é que será admitida a sua notificação por edital, do qual deverão constar, de forma resumida, a localização e a descrição do imóvel a ser arrecadado, para que apresentem impugnação no prazo de trinta dias, contado da data da notificação.

Outra importante inovação consta do §4º do art. 64, da Lei nº 13.465/2017, segundo o qual, observado o procedimento de arrecadação, estará o Poder Público local autorizado a realizar, diretamente ou por meio de terceiros, os investimentos necessários para que o imóvel urbano arrecadado atinja prontamente os objetivos sociais a que se destina. Assim, uma vez encerrado o procedimento de arrecadação, deve o município ou o Distrito Federal assumir a posse do imóvel, devendo, garantir-lhe a conservação e a utilização de acordo com os interesses púbicos locais.

Anote-se que, como a transferência da propriedade sobre o imóvel à municipalidade ou ao Distrito Federal ocorre apenas após o esgotamento do lapso temporal de três anos contados da efetivação da arrecadação[18], o art. 64, da Lei nº 13.465/2017 estabelece que, dentro do triênio a que alude o art. 1.276, do CC, o proprietário poderá reivindicar a posse do imóvel declarado abandonado. Em contrapartida, estabelece que em tais hipóteses o ente público arrecadante terá direito ao ressarcimento prévio,

18 Francisco Eduardo Loureiro (2013, p. 1274) destaca que "o abandono é a causa, mas a transferência da propriedade somente ocorre com o escoamento do triénio, contado da lavratura do auto de arrecadação".

e em valor atualizado, de todas as despesas em que eventualmente houver incorrido em razão do exercício da posse provisória.

Por fim, cumpre ressaltar que tanto a Lei nº 13.465/2017, quanto o Decreto nº 9.310/2018 padecem de vícios de constitucionalidade. Primeiramente, porque ao positivar um rol de destinações admissíveis dos imóveis urbanos arrecadados, o artigo 65 da Lei nº 13.465/2017 viola a autonomia dos entes da federação para a gestão do próprio patrimônio. Razão pela qual, após a incorporação, competirá exclusivamente ao ente incorporador definir qual a utilização mais adequada à efetivação dos interesses públicos locais. Consequentemente, há de se considerar o rol do artigo 65 da Lei nº 13.465/2017 como sendo meramente exemplificativo.

Em segundo lugar, por ter sido editado pela Presidência da República com amparo na norma constitucional que confere, privativamente, ao Presidente da República competência para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV, CRFB), o Decreto nº 9.310/2018 não poderia invadir a competência dos Municípios e do Distrito Federal para legislar sobre assuntos de interesse local, principalmente em se tratando de tema relacionado à execução da política de desenvolvimento urbano. Sendo assim, desde que amparado por normas locais, naquilo que identificarem como invasão às respectivas competências constitucionais, Municípios e o Distrito Federal não estão obrigados a observar o disposto no Decreto nº 9.310/2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a arrecadação de imóveis urbanos abandonados revela-se uma ferramenta estratégica para permitir a adequada destinação de imóveis que, além de estarem sem utilidade, representam um risco potencial para a comunidade.

Outrossim, muito embora se admita ao interprete mais açodado, considerar o procedimento administrativo de arrecadação de imóveis urbanos abandonados como de questionável drasticidade, na linha do exposto, a arrecadação de imóveis abandonados não ofende a tutela constitucional da propriedade, simplesmente porque em relação a imóveis abandonados não há direito de propriedade a ser protegido.

Posto isto, conclui-se que o regime jurídico da propriedade positivado no ordenamento brasileiro se coaduna perfeitamente com a previsão do instituto da arrecadação pelo município de imóveis urbanos abandonados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Alexandre Bernardino; ACYPRESTE, Rafael de. Ações de reintegração de posse contra o movimento dos trabalhadores sem teto: dicotomia entre propriedade e direito à moradia. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4, pp. 1824 -1867, 2016.

DE SOUZA, Sylvio Capanema. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. *In Revista da Emerj, v. 7, nº 26*. Rio de Janeiro: Emerj, 2004.

FACHIN, L. E. O estatuto constitucional da proteção possessória. In: FARIAS, C. C. DE. (Ed.). . Leituras complementares de Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto. 2a. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ***Direitos Reais***. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

FERNANDES, Edésio. *Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito do Alto Parnaíba, v. 1, n. 5, pp. 12–33, 2002.

FONTES, André Ricardo Cruz; BASILIO, A. T. P.. *A transformação da propriedade e a evolução das companhias no Direito brasileiro*. Revista de Direito do TJ-RJ, v. 1, pp. 41-44, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Perda da Propriedade Abandonada com Valor Histórico. MPMG Jurídico, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. l*n: Problemas de direito civil constitucional*, coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática.* 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HUMBERT, Georges Louis Hage. *Curso de Direito Urbanístico e das Cidades.* 1ª Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

KASER, M. *Direito Privado Romano.* 4ª Ed. Traduzido por R. Dannenbring. Pretoria: Universidade da África do Sul, 1984.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Código Civil comentado. 6ª Ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir.* 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. *In Revista de Direito Público nº 84*. São Paulo: RT, pp. 39-45, 1987.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Cario Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto do CC, Cidadania e Justiça: ln: Revista da Associação Brasileira dos Magistrados do Rio de Janeiro, v. V, n. 10, 1° semestre de 2001.

SCHREIBER, A. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira, 2000. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico.* 29ª Ed. Atual. Nagib Slabi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: TEPEDINO, G. (Ed) Temas de Direito Civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.* Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa e GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua Interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO E CIBERTRANSPARÊNCIA NO BRASIL

Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira
Amanda Greff Escobar
Jacqueline Taís Menezes Paez Cury
Willde Pereira Sobral

INTRODUÇÃO

Assim como a Dignidade da Pessoa Humana é um fundamento da República Federativa prevista na Carta Magna, a Efetividade Constitucional é um fundamento para a existência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as Políticas Públicas, exercem o papel de suprimentos que possibilitam maior eficiência no desempenho das funções típicas pelo Poder Público.

No entanto, a inacessibilidade ou a falta de informação pública dos cidadãos brasileiros sobre a tomada de decisão de seus governantes é uma questão que pode acarretar diversos prejuízos para a sociedade, tendo em vista que a simples escolha democrática dos representantes não é suficiente para que o cidadão se sinta participante das decisões de interesse coletivo.

O objetivo central do presente trabalho é responder ao seguinte questionamento: Quais são os meios capazes de assegurar o exercício da cidadania pela população brasileira de modo a vincular o ciclo de formação das Políticas Públicas de acesso à informação, através da internet?

A hipótese deste artigo, consiste na seguinte premissa: o exercício da cidadania no processo político não ocorre apenas mediante a soberania popular, manifesta-se também por meio da participação ativa e livre de cidadãos e de organizações não-governamentais nas tomadas de decisões políticas, pelo exercício do direito ao acesso à informação dos dados e informes públicos, pela fiscalização da administração pública, através da Cibertransparência. Estas ações constituem pressupostos fundamentais para o exercício da cidadania e são capazes de vincular o ciclo de implementação das Políticas Públicas.

Com o intuito de verificar a veracidade da hipótese correlata ao questionamento supracitado, ao longo deste trabalho, será realizada uma análise sobre quais foram os benefícios trazidos com a aprovação da Lei de acesso à informação e qual a importância da participação da sociedade, por meio do acesso à informação e da comunicação, nos processos políticos. A seguir será abordada a questão da transparência das informações públicas sobre o trabalho das autoridades no Brasil. Consecutivamente, será explanado o papel do acesso à informação na consolidação de políticas públicas e o seu vínculo com a cidadania. Por fim, será averiguada como a as tecnologias de informação e a Cibertransparência de dados públicos aos cidadãos estão relacionadas com a formação de Políticas Públicas de informação.

Para isso, realizou-se embasamento em diversos livros jurídicos, sites, revistas, legislações nacionais e estrangeira, estudo de caso e adotou-se o método dedutivo. A relevância desta temática pode ser constatada, devido ao importante papel das Políticas Públicas de acesso à informação e da Cibertransparência no processo de fortalecimento da democracia e no combate a corrupção mediante a fiscalização da tomada de decisão de seus governantes e da participação ativa dos cidadãos nas comunicações entre a Administração e seus Administrados.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A inacessibilidade à informação pública priva o cidadão do conhecimento e controle da tomada de decisão dos governantes, que afetam o interesse público e a vida em sociedade, além de obscurecer o acesso a direitos sociais.

Sendo assim, a redução ou falta de informação pública traz como consequência o enfraquecimento da participação cidadã na própria democracia, por isso a relevância de se ter um direito ao acesso à informação e sua plena regulamentação.

Após o regime militar, o Brasil passou por um processo de redemocratização, emergindo no seio social um empoderamento no qual a simples escolha democrática dos representantes não se mostrava mais suficiente para que o cidadão se sinta participante das decisões de interesse coletivo.

Inclusive, um dos motivos que permitiram o assentamento e fortalecimento do regime militar no Brasil por um longo período se deve ao fato da imposição de uma restrição ao acesso à informação, inclusive através do controle por órgãos oficiais dos meios de comunicação em massa, por isso a necessidade de um olhar atento a esse direito e as políticas públicas que lhe dizem respeito.

Dessa forma, importante e necessário que a atuação governamental se paute no melhor interesse dos cidadãos, que só pode ser alcançado com a devida informação dos atos e ampla transparência, a fim de que haja uma melhor participação e fiscalização, realizada através de uma administração não somente democrática, mas também participativa.

Ter um governo que se preocupa com o direito ao acesso à informação é revelar o seu comprometimento em incluir a participação dos cidadãos nas esferas de decisão, pois somente assim aquele poderá cumprir e fazer cumprir as demandas sociais.

O acesso à informação é reconhecido no plano internacional, através de convenções, declarações e tratado, como direito humano fundamental. Importante ressaltar a previsão contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19:

> **Art. 19.** Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Além disso, ainda no plano internacional, temos o direito ao acesso à informação também contido na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seus artigos 10 e 13:

> **Art. 10.** Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada
>
> Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública. [...] Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações [...] b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.
>
> **Art. 13.** Cada Estado Parte adotará medidas adequadas[...]para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa.

Tendo em vista o acolhimento do direito à informação no plano internacional, combinado a movimentos em favor de uma maior participação política dos cidadãos brasileiros, a então promulgada Carta de 1988, além de organizar politicamente o Estado, prevê mecanismos de democracia representativa e de democracia participativa, no intuito de garantia da democracia recém restaurada, inclusive traz em seu o acesso à informação, como direito fundamental (SILVA, 2008).

Apesar do regime militar ter mitigado o acesso a informações públicas, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu rol a previsão do acesso à informação como direito fundamental, consagrando-o tanto na dimensão individual, quanto na dimensão coletiva, que abrange o direito à informação e o direito de acesso à informação pública (SOUZA, 2012).

Nesse viés, o direito à informação constitui-se em um direito complexo e evidencia várias facetas, como bem explanam Canotilho e Moreira:

> O direito à informação [...] integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar in-

> formações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...] (CANOTILHO e MOREIRA, 1993, p. 189).

Mesmo em vista da previsão constitucional ao acesso à informação, foi com a publicação da Lei nº 12.527/2011, denominada também de Lei de Acesso à Informação, que este direito fundamental teve sua regulamentação e acabou por avançar a temática da transparência e serviços de informações ao cidadão.

Vieira (2013, p. 11) ressalta que esta norma:

> Avança no conceito de transparência para considerá-la não só uma forma de inibir a prática de más condutas e prevenir a corrupção, mas também como ferramenta poderosa para a melhoria da gestão pública e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Tanto a Constituição Federal de 1988, com sua imposição a uma administração transparente e impessoal, como a Lei de Acesso à Informação, que vem como importante instrumento de democratização, oportunizando ao cidadão a participação e o controle para tutela dos direitos individuais e coletivos, demonstram o compromisso com o acesso à informação pública e demandam o engajamento da população para o pleno exercício desse direito e possibilitando a *accountability* democrática.

Por fim, sintetizando o raciocínio supra exposto, conforme estudos de Rodrigues:

> o acesso à informação dá aos cidadãos controle democrático sobre o trabalho das autoridades, facilitando a descoberta de diferentes formas de irregularidades, atos ilegais e corrupção. Ao mesmo tempo, confere aos cidadãos os recursos políticos suficientes para lhes per-

> mitir participar de maneira plena, como cidadãos iguais (com igual acesso aos dados e informes públicos), da tomada de decisões coletivas às quais estão obrigados (RODRIGUES, 2014, p. 94).

Diante do exposto, entende-se ser relevante a promoção do acesso à informação, por meio da fiscalização e maior participação de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil e as organizações não-governamentais, a fim de que ocorra a melhoria da gestão pública e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

2 EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Após a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo no final da década de 90, percebeu-se no Brasil a formação de uma nova cultura constitucional. Até a redemocratização do País, nas palavras de Marcelo Neves (1996), a nação vivia uma "concretização desconstitucionalizante[19]", sem correspondência entre a norma e a realidade.

Fruto de um processo de constitucionalismo tardio[20], a Constituição Cidadã apontada um campo bastante resistente de atuação. Já em seu artigo 1º, trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, instituindo um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. [21]

---

19 Esclarece Marcelo Neves que a questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com "Constituições nominalistas" diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de intepretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstr-eam/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3, acessado em 28 de maio de 2019.

20 Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p.13), foi "tardio o fenômeno por meio do qual os aplicadores do direito e a sociedade brasileira compreenderam a real necessidade de encontrar as respostas aos problemas jurídicos a partir e com fundamento nas prescrições constitucionais."

21 Da leitura do artigo 8° do novo código civil, temos que, hoje, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana é também objetivo expresso do sistema processual civil.

Prossegue dispondo que em suas relações internacionais, será regida pela prevalência dos direitos humanos e defesa da paz. No título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que estes têm aplicação imediata, assumindo a Constituição um compromisso efetivo de mudança social.

O programa de ação governamental trazido pela Constituição Federal de 1988, destinado a proteger direitos individuais e sociais, aponta um roteiro para atuação integrada das instituições públicas no país.

De forma específica, estabeleceu que são objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução as desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Compreendem-se, nesta perspectiva, as Políticas Públicas como exercício da função primária do Estado, já que a busca pela efetividade constitucional ultrapassou a mera positivação de direitos.

Os cidadãos exigem do Poder Público maior eficiência no desempenho de suas funções típicas, resultando, conforme ensina Henrique Ribeiro Cardoso (2017, p.01) em "um renascimento menos burocrático e mais responsável com o papel de bem servir à sociedade".

O processo político, dentro de seu espaço de discricionariedade, vincula o ciclo de formação das Políticas Públicas, as quais devem ser destinadas ao efetivo desenvolvimento e melhoria da vida de todos os indivíduos e das coletividades, com base em sua participação ativa, livre e significativa na sociedade. As competências administrativas e legislativas para sua realização são trazidas pelos artigos 23 e 24 da Constituição Federal.

A Constituição Cidadã, expressando uma inovação em relação às Constituições anteriores do Brasil, instituiu um Estado Democrático destinado a realizar direitos fundamentais inerentes ao homem e à sua vida digna, entre os quais está o direito fundamental à cidadania.[22]

O conceito de cidadania moderno compreende o indivíduo além do status legal, sendo visto como membro e ator de uma comunidade. O per-

22 Flávia Piovesan (2017, p. 97) registra também que o texto democrático ainda rompe com as Constituições anteriores ao estabelecer um regime jurídico diferenciado, aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

fil constitucional do Estado Brasileiro impõe ao Poder Público sua proteção e defesa, consolidando as liberdades negativas reconhecidas já desde o século XVIII.

Desde seu preâmbulo, a Constituição apresentou seu compromisso com o respeito aos direitos individuais e sociais. Os direitos fundamentais ganharam especial relevo, conferindo ao indivíduo a possibilidade de se desenvolver como pessoa e como membro de um corpo social. [23]

O implemento da cidadania traz reflexos significativos para o desenvolvimento individual e das coletividades, prescrevendo Amartya Sen (2010, p. 201) que "a formação bem informada e não sistematicamente imposta de nossos valores requer comunicação e diálogos abertos, e as liberdades políticas e direitos civis podem ser centrais para esse processo."

Em um Estado Democrático de Direito, a consolidação da cidadania requer a abertura dos espaços públicos ao cidadão. Segundo registo feito por Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 294), "tendo em conta que democracia e soberania popular são umbilicalmente vinculadas, a noção de povo acaba assumindo uma particular e determinante relevância para a compreensão do conceito constitucionalmente adequado de democracia."

Trouxe a Constituição Federal de 1988, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, garantia de que todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.

O acesso à informação é base do princípio democrático e indissociável do direito à cidadania, registrando Têmis Limberger (2015, p. 05) que o acesso à informação tem como objetivo "possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados que redunde em um aprofundamento democrático."

A preservação da cidadania, em verdade, depende de toda uma política pública direcionada para a boa gestão e o controle social, direcionada tanto ao setor público quanto ao setor privado. (LIMBERGER, 2016)[24]

---

23 Flávia Piovesan (2017, p. 100) prossegue afirmando que o conceito de cidadania se vê alargado e ampliado na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente anunciados.

24 Segundo a autora (2016, p.09), no Brasil, as informações públicas que devem ser disponibilizadas na internet são todas aquelas referentes às licitações – principais fases, aquelas dispensadas, inexigíveis ou na fase da execução contratual. Isto permite um acompanha-

Ademais, é preciso registrar que o efetivo exercício da cidadania depende, especialmente da existência de um governo aberto, onde a governança é adaptada às necessidades atuais da sociedade.

Portanto, entende-se que o implemento de políticas públicas para concretização do direito à cidadania traduz-se mediante o acesso à informação e por se tratar de um direito humano fundamental é inerente a todo e qualquer cidadão, independentemente da sua nacionalidade.

3 CIBERTRANSPARÊNCIA NO BRASIL

A tecnologia já não pode ser um conteúdo indissociável da sociedade. Em verdade, faz parte da própria natureza social delineada, especialmente com o surgimento da internet. A virtualização não alcança apenas documentos e procedimentos, mas também infere mudanças na própria maneira de se informar e se comunicar, no funcionamento econômico, e aspectos mais imperceptíveis, como o exercício da inteligência e a sensibilidade interpessoal. Ademais, alcança também a nova maneira de formalizar as experiências sociais e democráticas (LÉVY, 1998).

Nesse contexto, como já foi definido por linhas anteriores do presente artigo, conceitos enraizados e já pré-definidos em áreas da ciência política, ao exemplo da própria noção de cidadania, sofre uma revolução em sua interpretação, para que o mesmo se adeque à realidade tecnológica. Fala-se em "e-democracia", em "cibercidadania", "cibertransparência", "cibersociedade". Comenta-se acerca das Constituições virtuais e da adequação do conceito de dignidade da pessoa humana para que este englobe o acesso à internet como direito fundamental, como disposto na PEC 185/15, que coloca o "acesso universal à internet" como direito fundamental.

Define-se, portanto, a internet como pressuposto fundamental do exercício de cidadania, nesta era digital, posto que a mesma é considerada uma das maiores armas da sociedade, especialmente no que consta ao exercício da fiscalização e participação democrática na formação da política social.

O conceito de transparência de forma a fazer uma correlação entre público e privado, não é algo que surgiu em momentos presentes, mas

---

mento de todas as etapas pelo cidadão, em rede, e um fortalecimento do controle social.

sim, desde a Idade Média, a sociedade burguesa já via a imprensa como força motriz de tornar públicas as intenções e ações da Administração, como a publicação de decretos e portarias (HABERMAS, 2003).

Inferindo uma noção de transparência de forma mais abrangente, aumenta-se o controle popular, e a participação, de forma a deixar ainda mais forte a própria noção de democracia, dando voz a membros da sociedade de forma a serem objetos potenciais de preocupação pública e consideração (BENKLER, 2006).

A publicidade e transparência configuram-se como valores de alto grau de relevância, posto que viabilizam a cognição social do funcionamento da máquina estatal, tanto em termos de eficiência quanto eficácia, assim como vetor para determinar o grau do mau funcionamento da máquina administrativa, como a própria corrupção (MARTINS, 2003).

No contexto brasileiro, quando se fala acerca de internet e transparência, esta correlação não é nova. A lei nº 9.755/98 dispunha acerca da criação de um portal na internet, do Tribunal de Contas da União, a fim de divulgar dados e informações. Segundo a determinada lei, o TCU deveria criar uma *homepage* na rede mundial de computadores, a fim de divulgar, entre outros: montantes dos tributos arrecadados pelos entes estatais, relatórios resumidos da execução orçamentária, resumos de contratos e relações mensais de compras feitas pela Administração (BRASIL, 1998.).

Percebe-se, portanto, que o Brasil se determina com um pioneirismo no que se refere ao uso da internet para uma melhor transparência administrativa. No entanto, o marco oficial dessa denominada "Cibertransparência", determina-se na Lei nº 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação. O referido diploma legal infere que é direito público dos cidadãos, receber informações dos órgãos públicos, assim como é dever da Administração manter arquivos e criar sistemas para consulta e controle, que sejam de fácil acesso (BRASIL, 2011).

Nesse toar, em seu art. 3º, a normativa demonstra que há uma destinação a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, observando as diretrizes como: publicidade como preceito geral, divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação, utilização dos meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência da ad-

ministração pública, visando, entre outros, o desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).

A transparência é a ordem geral, que deve ser sempre observada. Com a identificação do modo de proceder à gestão pública, observa-se que a população pode ter uma definição mais participativa na Administração, de modo até mesmo a intervir nas tomadas de decisão, controlando a atuação e exigindo medidas a serem tomadas para moldar a realidade.

Como exemplo prático de como o controle social pode interferir nas relações desiguais de poder, tem-se o fato ocorrido no Observatório Social da Câmara Municipal de Palmas. Primeiro, a instituição fez uma cobrança social para que o Poder Legislativo disponibilizasse publicamente os seus dados. Quando esses dados foram disponibilizados, houve o começo de uma série de análises que deram origem a relatórios informando, por exemplo, que a Casa Legislativa pagava um aluguel muito exacerbado, contratações sem necessidade aparente, e a constatação de que mais de 90% dos servidores da casa não eram oriundos de concurso público.

De porte desses relatórios, com base nos dados disponibilizados, o Ministério Público foi chamado a realizar uma auditoria, consubstanciando em termos de ajustamento para, entre outras coisas, realizar um concurso público e revisão do preço de aluguel pago em sua sede.

Por óbvio, a Lei de Acesso à Informação ainda não está em plena efetividade. Com uma simples consulta à internet, especialmente quando se trata de pequenos Municípios, muitos não têm *sites*, ou eles não contêm todos os *links* necessários para análise das informações. Dados desatualizados, páginas que não contém todas os relatórios de gestão que deveriam conter, uma *interface* pouco amigável ao usuário, e excesso de burocracia para a obtenção de informações, como por exemplo, o aditivo de um contrato, são situações que retiram a completa efetividade da legislação.

Desta forma, tem-se que a legislação brasileira caminha para não apenas uma maior transparência no Brasil, mas também para um maior acesso a essas informações. Não adianta que todos os dados estejam *online*, se não há como acessá-los. O acesso à informação engloba que as informações sejam atualizadas, extensas, claras e de fácil acesso e manutenção pelo cidadão, para que a população possa realizar um controle efetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da previsão constitucional ao acesso à informação e da criação de uma Lei de Acesso à Informação, o qual trouxe o avanço sobre a temática da transparência e serviços de informações ao cidadão, compreende-se que a transparência das informações públicas sobre o trabalho das autoridades brasileiras atualmente passa por um processo de evolução, mas ainda não conseguiu alcançar a plena efetividade, pois é preciso o esforço conjunto dos órgãos da administração pública no sentido de realizar uma gestão e proteção dos arquivos, para que haja a melhora do acesso à informação.

O processo político, vincula o ciclo de formação das Políticas Públicas, as quais devem ser destinadas ao efetivo desenvolvimento e melhoria da vida de todos os indivíduos e das coletividades, com base em sua participação ativa, livre e significativa na sociedade.

Por isso, entende-se que é imprescindível que as autoridades públicas estejam dispostas a apoiar a transparência do acesso à informação dos dados e informes públicos, invistam em tecnologias que facilitem a fiscalização por meios eletrônicos e a participação democrática por pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil e as organizações não-governamentais na formação política social, a fim de que ocorra a melhoria da gestão pública e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Contudo, não adianta que todos os dados estejam *online*, se não há como acessá-los, tendo em vista que a inacessibilidade ou a falta de acesso à informação representa uma ameaça para a participação cidadã na democracia e pode fortalecer a corrupção por parte das autoridades públicas. Portanto, o acesso à informação, requer que as informações sejam atualizadas, extensas, claras, de fácil acesso e manutenção pelo cidadão, para que a população possa realizar um controle efetivo.

Desse modo, observa-se que o cumprimento de Políticas Públicas de informação para a efetivação do direito à cidadania, traduz-se mediante a garantia do direito ao acesso à internet e do direito fundamental de acesso à informação, sobre os dados dos órgãos públicos.

Por todo o exposto, conclui-se que o avanço da tecnologia de informação tem impulsionado o progresso da política pública de acesso à informação e da Cibertransparência no Brasil, de modo que a sociedade pode ter uma definição mais transparente e participativa na tomada de decisão pela administração pública.

REFERÊNCIAS

BENKLER, Yochai. **Wealth of Networks**. Yale University Press. Londres, 2006.

BLUM, Renato M. S. Opice. **Manual de Direito Eletrônico e Internet.** São Paulo: Aduaneiras, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abr. de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.html. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. **Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984.** Lei de Informática. Disponível em: http://presrepublica.jusbrasil-.com.br/legislacao/109644/lei-7232-84. Acesso em: 10 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 115, p. 99-112, abr., 2012.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?.** São Paulo: Editora 34, 1997.

_____. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência. Informação Pública em Rede e a Concretização dos Direitos Sociais: A Experiência dos Municípios Gaúchos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro , Número Especial, n. 04, v. 08, 2015.

_____. Cibertransparência: informação pública em rede e a intimidade como um dos limites constitucionais – uma abordagem a partir do tema 483 da Repercussão Geral examinada pelo STF. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, jul./set., 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human--rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html. Acesso em: 10 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. Maio / ago., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Gustavo Tavares. Políticas públicas e intersetorialidade: uma discussão sobre a democratização do Estado. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, n. 19, p. 81-97, 2008. Disponível em: http://revistas.pu-

csp.br/index.php/metropole/article/view/8711. Acesso em: 24 set. 2019.

VIEIRA, Vânia Lucia Ribeiro. **Efeitos da Lei de acesso à informação:** Lei nº 12.527/2011 nas compras públicas. In: Congresso Consad de Gestão Pública, 6, 2013, Brasília. Anais. Disponível em: http://repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/handle/ 123456789/929.-Acesso em: 23 set. 2019.

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO E A CONTRIBUIÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

Fabrício Germano Alves
Kleber Soares de Oliveira Santos

1 INTRODUÇÃO

Aproveitando a experiência e os resultados positivos advindos do programa "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)"[25], a Organizações das Nações Unidas (ONU) buscou criar e aprovar novas medidas. A finalidade era justamente estabelecer algumas metas consideradas importantes para fortalecer a conscientização sobre o desenvolvimento sustentável, tudo isso a nível global.

25 Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) emergiram de uma série de cúpulas multilaterais realizadas durante os anos 1990 sobre o desenvolvimento humano. O processo de construção dos ODM contou com especialistas renomados e esteve focado, principalmente, na redução da extrema pobreza. A Declaração do Milênio e os ODM foram adotados pelos Estados-membros da ONU em 2000 e impulsionaram os países a enfrentarem os principais desafios sociais no início do século XXI. (AGENDA 2030. **Aprendendo com os objetivos do milênio (ODM)**. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

Nessa direção, a Assembleia Geral da ONU, no final de 2015, produziu o documento: "Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". Trata-se de um manual que norteará as ações da comunidade internacional nos próximos 15 anos, por meio da implementação diversos objetivos, a fim de tornar o mundo mais sustentável e resiliente. A referida Agenda trabalha questões relativas à erradicação da pobreza, instituições eficazes, boa governança, sociedades pacíficas, entre outras[26].

A referida Agenda é um plano de ação que, dentre as diversas orientações previstas para conduzir a comunidade internacional, está fundamentada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os ODS são o núcleo da Agenda e deverão ser alcançados até o ano 2030[27].

Com efeito, esses ODS elaborados pela ONU não estão direcionados apenas aos entes governamentais, mas, na verdade, revela-se um esforço conjunto de todos que compõe a sociedade civil, a esfera privada e demais cidadãos. Os 17 ODS constituem uma mistura harmônica e inseparável de elementos relacionados à ordem social, ambiental e econômica.

A despeito de todos os ODS se mostrarem por demais relevantes e terem sua parcela de contribuição para o total êxito da Agenda 2030, busca-se enfatizar aquela prevista no item 16, que dispõe: "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis" [28].

Como se percebe, o ODS 16 contempla vários tópicos interessantes e essenciais para o aprimoramento da sociedade, porém aqueles que se

26 AGENDA 2030. A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

27 AGENDA 2030. A Agenda 2030: um plano de ação global para um 2030 sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

28 Promover instituições fortes, inclusivas e transparentes, a manutenção da paz e o respeito aos direitos humanos baseados no Estado de direito são a base para o desenvolvimento humano sustentável. Estes são alguns dos princípios que sustentam as metas do ODS 16, que também inclui temas sensíveis, como o combate à exploração sexual, ao tráfico de pessoas e à tortura. Outros temas incluídos nas metas do ODS 16 são o enfrentamento à corrupção, ao terrorismo, a práticas criminosas, especialmente aquelas que ferem os direitos humanos. (AGENDA 2030. Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019).

coadunam com o núcleo deste trabalho são os pontos que versam sobre o acesso à justiça e a pacificação social.

Dessa forma, será abordado neste estudo o atual cenário do Judiciário a partir dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018. Por meio do "Relatório da Justiça em Números", é possível ter acesso às informações detalhadas em relação à realidade dos tribunais no cenário nacional, no concernente a sua estrutura e litigiosidade.

A crise do Poder Judiciário vivenciada na atualidade é preocupante e coloca em discussão algumas garantias fundamentais ligadas ao acesso à justiça e à razoável duração do processo. Nesse sentido, procurar-se-á assimilar a noção de acesso à justiça, além de esclarecer como ele pode ser perfectibilizado através de outros meios.

Por fim, realizar-se-á algumas ponderações sobre o instituto da mediação, acompanhadas, posteriormente, de sugestões com o fito de contribuir para o cumprimento da Agenda 2030 da ONU e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16.

2 O PROBLEMA DA MASSIFICAÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS

Instrumento criado durante a reforma do Judiciário, cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se dedicar ao aperfeiçoamento do sistema judiciário, contribuindo para o desenvolvimento de políticas capazes de impulsionar a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, guiadas pelos valores de justiça e paz social[29].

Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça elabora o Relatório da Justiça em Números. Por meio desse documento, é possível ter acesso aos dados oficiais referentes à realidade dos tribunais no cenário nacional, inclusive com informações detalhadas acerca de sua estrutura e litigiosidade, tudo isso para auxiliá-los no direcionamento de suas gestões.

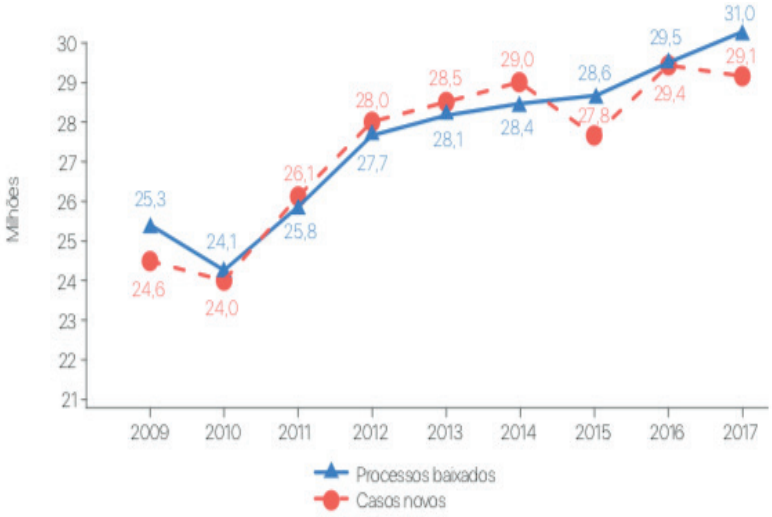
Analisando o Relatório de 2018, observa-se que, no ano de 2017 (ano-base), foram ajuizados 29,1 milhões de processos, o que representa um decréscimo de casos novos na faixa de 1% quando comparado ao ano

29 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Quem somos**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/portaria -dge/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos. Acesso em: 12 mai. 2019.

anterior. Ademais, em 2017, o Judiciário conseguiu baixar uma quantidade superior processos, cerca de 31 milhões, indicando um crescimento de 5,2% em relação a 2016. Todavia, mesmo com esses dados positivos, verifica-se que no Brasil 80,1 milhões de processos ainda estão tramitando e aguardam alguma solução definitiva (CNJ, 2018).

Ao realizar o levantamento histórico da quantidade de demandas ajuizadas entre 2009 (inicio do estudo do CNJ) e 2017, percebe-se que este último ano, apesar da redução acima destacada, apresentou a segunda maior marca, cerca de 29,1 milhões, sendo inferior apenas a 2016, quando foi computado o ingresso de 29,4 milhões. Enfatiza-se que, nesse período, ocorreu um aumento de aproximadamente de 5 milhões no número de novos processos protocolados no Judiciário. E, por fim, ao somar todas as demandas compreendidas no lapso temporal acima, chega-se, sem qualquer motivo de celebração, ao volume assustador de 246,5 milhões.

Figura 1: Série histórica: casos novos e processos baixados



Fonte: CNJ

O excesso de judicialização de demandas é um fenômeno que assola o Brasil há várias décadas, sendo visível a presença de uma cultura direcionada à propositura de processos judiciais. A manutenção dessa conduta impede o funcionamento eficiente do Judiciário, assim como

não possibilita que as disputas sejam tratadas de modo adequado a partir do uso de técnicas autocompositivas (SIQUEIRA & CHIESI FILHO, 2018, p. 457).

A insistência da sociedade nesse modelo de decisão adjudicada ocasiona consequências que podem ser facilmente percebidas, quais sejam, um sistema de justiça majoritariamente formal, adversarial, com pouco estímulo a cooperação entre os envolvidos e vinculado quase que unicamente ao Poder Judiciário (GONÇALVES, MAILLART & SANTOS, 2018, p. 237). É de causar estranheza que, ante um cenário caracterizado pela lentidão no julgamento dos processos, as pessoas ainda continuem a demandar perante o Judiciário, inclusive em causas de pouca complexidade (NOGUEIRA & NOGUEIRA, 2018, p. 520).

Infelizmente, os cidadãos ainda enxergam o Judiciário como o único e verdadeiro instrumento capaz de resolver os conflitos. Eles compreendem, equivocadamente, que o acesso à justiça se concretiza apenas pela porta do judiciário, desconhecendo a existência de outras portas, igualmente aptas, a resolver as disputas decorrentes da relação consumerista.

Não é interessante uma tutela jurisdicional rápida e efetiva, mas, por outro lado, injusta; tampouco a elaboração de decisões que se apresentam como justas, porém emitidas após um longo período de espera, tornando o provimento judicial carente de resultados práticos. A plenitude do acesso à justiça deve ser conduzida pela qualidade do serviço, pela tempestividade no exame da tutela ministrada e pela sua eficiência (DINAMARCO, 2001, p. 53).

O direito fundamental de acesso adequado à justiça se consubstancia na garantia de uma proteção *legítima* quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), *tempestiva* quanto à época de sua prestação, *universal* quanto ao nível de repercussão social (disponível para todas as classes) e *efetiva* pelos frutos materiais alcançados (MELO, 2006, p. 22).

Portanto, a concepção de acesso à justiça alcança efeitos mais abrangentes do que a simples procura pelo Judiciário; representa a possibilidade de o cidadão utilizar meios específicos para reconhecer direitos e de buscar instituições direcionadas à resolução consensual de conflitos, no sentido de cessar ameaças ou impedimentos de direitos (SADEK, 2009, p. 175 e 178). Para galgar a harmonia social, há outras formas de dirimir os litígios, cabendo ao ordenamento jurídico colocar à disposição dos cidadãos, que não o exclusivamente jurisdicional (PAROSKI, 2006, p. 228).

3 ASPECTOS RELEVANTES DA MEDIAÇÃO

Os métodos de resolução de conflitos extrajudiciais apresentam como elemento comum a ausência da via jurisdicional, de modo que este não se faz necessário para o tratamento das contendas[30]. As aplicações dos métodos compreendem dois segmentos: a) autocompositivos - as próprias partes conflitantes chegam a uma solução, sendo o terceiro um facilitador do acordo formado entre elas (*v.g.* mediação e a conciliação); b) heterocompositivos – no decorrer da lide, o terceiro impõe uma solução para as partes (*v.g.* arbitragem) (MÁRQUEZ, 2017, p. 58).

A mediação é uma tendência global que está sendo incorporada em diversas nações democráticas. Este movimento procura reforçar o aspecto institucional, seja no âmbito da legislação e de procedimentos, com o claro propósito de encontrar um meio alternativo de resolver os conflitos. Os Estados Unidos da América se ocuparam em uniformizar a legislação a respeito da mediação em 2001 (*Uniform Mediation Act*). A Europa, por meio da Diretiva nº 52/CE/2008, colacionou na exposição de motivos vários argumentos no sentido de prestigiar a mediação, aplicando-lhe, em matéria civil e comercial, diante de problemas "transfronteiriços". Em momento anterior (2000), o Conselho Europeu já havia aprovado algumas normas referentes aos meios alternativos de resolução de litígios, desejando melhorar e simplificar o acesso à justiça (CAVALCANTE & GARCIA, 2017, p. 26).

A utilização da técnica da mediação é considerada essencial em várias situações. No âmbito do direito internacional, por exemplo, é comum aplicá-la entre países que estão em conflitos. A ONU, inclusive, vem defendendo a ampliação de seu emprego (GABBAY, FALECK & TARTUCE, 2013, p. 46).

Acompanhando esse movimento, o instituto da mediação teve o merecido destaque como canal de resoluções de conflitos, ganhando novos contornos no cenário nacional, a partir da valorização atribuída ao legislador no momento da criação de duas leis. Isto é, a mediação ganhou nova roupagem diante do impulso gerado no sistema jurídico através da Lei Fe-

30 A utilização de instrumentos alheios à estrutura do Judiciário é conhecida, a nível global, como *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Já na esfera da Europa, alguns documentos têm utilizado o conceito de Modalidades Alternativas de Solução de Conflitos (MASC).

deral nº 13.140/15 (Lei da Mediação)[31], e a Lei Federal nº 13.105/15, que introduziu o novo Código de Processo Civil (CPC). Além disso, tem-se a Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Tratando-se de um procedimento de natureza estritamente consensual, a mediação se afasta dos métodos tradicionais do sistema judiciário. Não lhe é exigida a presença do Estado, por meio do Juiz de Direito para solucionar o litígio que, em algumas oportunidades, ocasionam a imposição de determinadas obrigações que se traduzem na insatisfação das partes. O poder está concentrado na figura do magistrado; ele decide quem é o vencedor e quem é o perdedor.

Em direção diametralmente oposta, a construção do resultado em tal método é produzida pelos conflitantes, que têm o poder de gerenciar a respectiva demanda, obtendo uma transação voluntária e reciprocamente aceita. Esse poder atribuído é conhecido como empoderamento da parte.

A utilização da mediação necessita de um comportamento, predominantemente, voltado ao ambiente colaborativo, o que não afasta integralmente a competição. A noção de competitividade não está ligada ao grau de disputa entre as partes, no intuído de identificar quem consegue obter, ao final, uma quantidade maior de vantagens. De modo diferente, aqui a competição é aquela que exige do mediador e dos outros sujeitos envolvidos uma atuação firme durante o procedimento, mas suave no que se reporta à aplicabilidade de suas técnicas e habilidades. O emprego da firmeza e da suavidade resultam em uma competição estratégica. Todos almejam ampliar seus ganhos, isso é natural; contudo, na mediação, a estratégia é não é apenas pensar em si, mas em considerar as expectativas do outro, de forma a garantir a realização de ganhos mútuos (COUTINHO, 2018, p. 205).

---

31 Ressalta-se, por oportuno, que a mediação no CPC/2015 e na Lei de Mediação apresentam algumas "discrepâncias pontuais, mas que não prejudicam a aplicação do instituto, até porque em caso de eventual conflito a lei especial, em regra, deve se sobrepor à geral. (...). De qualquer forma, considerando que a Lei de Mediação foi projetada já sob a perspectiva do novo CPC, sua compatibilização ideológica é absoluta, no sentido de ampliar e incentivar o uso da mediação nos âmbitos judiciais e extrajudiciais". (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a lei de mediação e o cpc/2015. *In*: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 479).

Não se esquece que as práticas sociais da mediação, por exemplo, constituem um mecanismo de exercício da cidadania, tendo em vista que educam, auxiliam e facilitam a produzir diferenças e a exercer tomadas de decisões, sem a interferência de terceiros que decidem pelas partes no litígio. Ao abordar os temas de autonomia, democracia e cidadania, observa-se que, em determinado sentido, é trabalhado a capacidade dos indivíduos para se autodeterminarem em relação e com os outros (WARAT, 2004, p. 66).

A mediação é considerada como uma forma de trabalhar a autonomia, "na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças, que modificam as divergências". A pessoa autônoma necessita negociar com o outro e, juntos, elaborarem conjuntamente um resultado capaz de eliminar a diferença. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um no conflito, gerando processos de mudanças reparadoras e transformadoras (WARAT, 2004, p. 59 e 66).

O prefalado recurso também é um processo democrático porque desfaz os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e exposto de forma hierarquizada. É democrática porque acolhe a desordem como possibilidade positiva de evolução social. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um incluso. Sendo assim, a mediação pode ser entendida como a melhor forma de realização da cidadania, autonomia, direitos humanos e democracia (MORAIS & SPENGLER, 2008, p. 159).

4 MEDIDAS QUE PODEM AUXILIAR NA REDUÇÃO DO NÍVEL DE LITIGIOSIDADE NO JUDICIÁRIO

O acesso à justiça significa o direito de a parte obter o acesso à ordem jurídica justa, a qual pode ser consubstanciada através dos meios alternativos de solução de litígios (*v.g.* métodos de autocomposição – mediação e conciliação) e o Estado possui várias ferramentas capazes de torná-los uma realidade cada vez mais presente na sociedade, não se limitando apenas ao aspecto teórico. Para isso, é necessário comungar esforços com diversos órgãos, instituições, empresas, organizações civis para a construção um plano de ação voltado, inicialmente, à desmitificação de qualquer crença negativa envolvendo o assunto em tela.

Um aspecto relevante para o inicio dos trabalhos de fortalecimento e divulgação daqueles procedimentos é, justamente, o direito de informação. Cabe ao poder público anunciar, instruir, educar e transmitir aos consumidores e pessoas jurídicas os efeitos, a validade e a eficácia dos meios alternativos de resolução de contendas, gerando, ainda que no futuro, o sentimento de confiança. É essencial que eles tenham o prévio conhecimento das técnicas, assim como saibam que o Judiciário é somente um dos caminhos existentes para solucionar as disputas consumeristas (NOGUEIRA & NOGUEIRA, 2018, p. 518).

Em outros termos, a desinformação em massa da população constitui uma das barreiras que atrapalham o acesso à justiça e impedem o exercício de seus direitos. Tal questão adentra na seara da educação, sendo imprescindível alavancar o pleno desenvolvimento do indivíduo, assim como sua preparação para exercer a cidadania (SILVA, 1999, p. 13).

Outro ponto favorável é reformulação das grades curriculares dos cursos jurídicos. A potencialidade do sistema multiportas deve ser explorada de forma que sejam repassadas as técnicas e habilidades de negociação, diretamente ou por intermédio de mediadores e conciliadores. Interessante notar que esses fatores, como não são estudados na academia, repercutem em prejuízo do profissional em face de sua incapacidade atuar satisfatoriamente nas sessões ou audiências de mediação e de conciliação (LESSA, 2015, p. 103).

Certamente, a mudança de cultura passa pelos atores processuais (advogado e defensor público), que podem prestar assistência e agregar valores a população, no sentido de orientá-la acerca da mediação, conciliação, *dispute boards,* entre outros. O cerne estaria adstrito à realização de uma espécie de triagem preliminar, em momento anterior a propositura da demanda, porquanto são eles os responsáveis pela maioria maciça dos ajuizamentos, estando aptos a executar tal atividade (NOGUEIRA & NOGUEIRA, 2018, p.520).

O primeiro passo nesse aspecto ocorreu em 2015 quando a Ordem dos Advogados do Brasil editou a Resolução n° 02/2015, que trata do Código de Ética e Disciplina da respectiva categoria. A fim de estimular a resolução consensual de conflitos, enfatizou no art. 2°, parágrafo único, inciso VI o dever de o profissional incentivar, em qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível,

a proposição de novas disputas. Ademais, o regramento insculpido no art. 48 da antedita Resolução aborda de forma expressa os honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado e a forma de tratamento perante os clientes.

Sob o horizonte normativo, por se tratar de uma política pública lastreada em princípio constitucional[32], acredita-se que o Estado pode adotar algumas medidas para estimular e contribuir para a divulgação dos meios de resolução consensual de contendas na esfera social. A recomendação que ora se propõe a realizar pode propiciar a consolidação desse importante mecanismo.

Assim como ocorreu com a Lei Federal nº 12.291/2010[33], defende-se a obrigatoriedade de todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços no mercado, inclusive aqueles que exercem atividades decorrentes do consumo compartilhado (com ou sem fim lucrativo), divulgarem de maneira ostensiva, clara, precisa e adequada sobre os meios de resolução de conflito aos consumidores.

Essa informação seria veiculada pelas empresas no próprio estabelecimento comercial não sendo relevante para tal proceder a necessidade de aquisição do produto ou serviço. A ideia inicial é apresentar o instrumento e fixar na população que existem outras formas de solucionar problemas, além do Judiciário. Tratando-se de estabelecimento físico, a comunicação poderia ocorrer através do instrumento contratual, de placas e letreiros fixadas nas paredes ou no balcão do caixa e na própria fatura recebida pelo consumidor. Sendo loja virtual, o sítio eletrônico ou aplicativo se ocuparia em disponibilizar um espaço adequado para realizar essa comunicação durante o processamento de uma operação comercial ou mesmo em face de uma simples visita.

Todos também estariam obrigados a publicar e informar aos consumidores sobre a relação de instituições públicas e privadas que desenvolveriam atividades ligadas ao mecanismo de solução de disputas não adversarial. Além disso, poderiam comunicar os locais que tinham aderido,

---

32 O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 destaca a solução pacífica das controvérsias como medida importante para manter a harmonia social e a ordem interna.

33 A Lei Federal nº 12.291, de 20 de julho de 2010, tornou obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

voluntariamente, para dirimir os problemas provenientes da relação de consumo. Por exemplo, as empresas que já se cadastraram no portal "consumidor.gov.br" já trariam, desde logo, esse dado ao consumidor no ato da compra, evitando a procura imediata pelo Judiciário.

A sugestão proposta se mostra em completa unidade com os preceitos encartados no CDC, especificamente quanto à Política Nacional de Relações de Consumo, na medida em que favorece a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

Lógico que toda essa movimentação deveria acontecer com o oferecimento de uma estrutura física adequada e com profissionais devidamente capacitados, de modo a propiciar um atendimento de qualidade e satisfatório para os sujeitos envolvido. Além disso, além do relacionamento presencial, poderia ser disponibilizado aos interessados recursos tecnológicos que possibilitariam o contato virtual, de modo a possibilitar um melhor aproveitamento do tempo, economia financeira, conveniência do procedimento para as partes, celeridade, entre outros. É o que se chama de ODR (*Online Dispute Resolution*) [34].

34 "Os modos de Resolução Online de Litígios (*OnlineDisputeResolution*-ODR) consistem, portanto, na utilização dos recursos da tecnologia para a Resolução Alternativa de Litígios - ADR, quer sejam estes decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originários de relações jurídicas constituídas no mundo dito "físico". Nesse sentido, ODR pode ser considerado espécie do gênero ADR. Mas seria demasiado simplista imaginar que os meios de Resolução *Online* Litígios sejam reduzidos a uma simples expressão dos meios de Resolução Alternativa de Controvérsias. As possibilidades de utilização da tecnologia para a resolução de litígios são imensas e envolvem questões complexas, tanto do ponto de vista teórico quanto sob o prisma tecnológico, como, por exemplo, a utilização de inteligência artificial para fornecer uma solução para o conflito ou mesmo o uso das ferramentas de *Dispute System Design* (DSD), aplicando-as aos meios de Resolução Online de Litígios. Sob uma perspectiva mais pragmática, os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de dados constituem um terceiro interveniente no processo de conciliação, ou até mesmo podem constituir um quarto sujeito, nos casos da mediação e da arbitragem online". (AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Revista Pensar**. v. 22, n. 2, mai.-ago./2017.

Em caso de inobservância do dever de informação nos casos suso mencionados, tal fato constituiria violação ao direito do consumidor e a empresa seria punida administrativamente mediante o pagamento de uma multa, cuja atribuição seria de responsabilidade do órgão estatal, qual seja, o Procon.

Igualmente, a associação de comerciantes é um canal importante nesse processo de transformação social. Ela poderia veicular nos meios de comunicações propagandas e intensificar perante os próprios associados o valor da Resolução dos conflitos de consumo de forma não adversarial, explicando o funcionamento dos procedimentos, assim como as vantagens e benefícios decorrentes de sua incidência para as partes envolvidas.

É imperioso que ocorra o devido incentivo dos meios alternativos de disputas na área de consumo em face dos efeitos positivos que também podem gerar no Poder Judiciário, traduzidos diretamente na redução na quantidade de processos ajuizados, o que pode refletir em uma melhor qualidade da prestação jurisdicional.

A intenção é reunir esforços para introduzir e fomentar a solução alternativa de disputas na sociedade de uma forma que, gradativamente, seja capaz de implantar uma nova cultura social, chamando atenção para a existência de procedimento prévio sem a adoção do tratamento pela via tradicional. A partir da correta organização das práticas dirigidas ao tratamento dos conflitos, valorizando-se a resolução amigável a ser confeccionada pelos próprios participantes, é possível construir uma cultura baseada na pacificação, o que, por sua vez, trará a diminuição da "cultura da sentença" (WATANABE, 2018, p. 837).

5 CONCLUSÃO

É perceptível que os benefícios gerados dos meios alternativos de conflitos, em especial, a mediação, possuem um papel significativo ao conseguir, consensualmente, a composição de conflitos, o que pode contribuir gradativamente para a ressignificação do conceito de acesso à justiça e para a transformação sociocultutral. Aliás, o fortalecimento da cultura da pacificação é essencial para contribuir para o cumprimento da Agenda 2030 da ONU.

Após relatar alguns aspectos que serão tratados pela ONU, destacou-se o ODS 16, que, além de contemplar diversos tópicos interessantes e

essenciais para o aprimoramento da sociedade, mostra-se alinhado ao núcleo desta pesquisa por contemplar o acesso à justiça e por tratar da pacificação social.

Partindo-se do pressuposto de que o acesso à justiça significa o direito de a parte obter o acesso à ordem jurídica justa, é necessário que exista um compartilhamento entre diversos órgãos e segmentos da sociedade para a elaboração de medidas direcionadas à valoração e promoção de instrumentos alternativos de solução de disputas. Deve-se recordar que o preâmbulo da Constituição Federal ressalta a solução pacífica das controvérsias como medida importante para manter a harmonia social e a ordem interna.

Dessa forma, buscou-se, neste trabalho, estimular e valorizar a resolução amigável dos conflitos por meio de acordos construídos pelos próprios participantes do negócio jurídico, com o fito de disseminar uma cultura voltada à pacificação social. Os tratamentos adequados das disputas podem gerar benefícios ao Judiciário em face da redução na quantidade de processos ajuizados, ocasionando, por via de consequência, uma melhor qualidade da atividade jurisdicional.

Destarte, acredita-se que a promoção de mecanismos alternativos de disputas, constitui uma ferramenta preciosa para o cumprimento do ODS 16, parte integrante da Agenda 2030 da ONU, justamente por repassar a ideia de que o acesso à justiça pode ser alcançado através de uma multiplicidade de portas.

REFERÊNCIAS

AGENDA 2030. A agenda 2030: um plano de ação global para um 2030 sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

AGENDA 2030. A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

AGENDA 2030. Aprendendo com os objetivos do milênio (odm). Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre /. Acesso em: 22 mai. 2019.

AGENDA 2030. Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.agenda2030.org.br/sobre/. Acesso em: 22 mai. 2019.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. Revista Pensar. v. 22, n. 2, mai.-ago./2017.

BRASIL. Lei Federal no 12.291, de 20 de julho de 2010. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a lei de mediação e o cpc/2015. In: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAVALCANTE, Elizabeth Nantes; GARCIA, Rebeca Alves de Souza. Mediação e composição amigável: mudança de paradigma na administração da justiça e a atuação do advogado. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Ano 18, vol. 108, jul.-ago./2017, São Paulo: Sage.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2018: ano-base 2017, Brasília: CNJ, 2018.

COUTINHO, Eutália Maciel. Configurações de poder em mediação. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Meios alternativos de solução de conflitos. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GONÇALVES, Jéssica; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Da cultura da sentença para uma cultura consensual de administração dos conflitos jurídicos. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

LESSA NETO, João Luiz. O novo cpc adotou o modelo multiportas! e agora?!. Revista Brasileira de Direito Processual. Ano 23, v. 92, out.-dez./2015.

MÁRQUEZ, Alejandro Román. La mediación como instrumento para la resolución extrajudicial de conflictos de consumo en el ámbito turístico. Revista Internacional de Derecho del Turismo. v.1, n. 1 (2017). Disponível em: http://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/issue/view/603/showToc. Acesso em: 22 abr. 2019.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). Revista de Processo. Ano 43, vol. 276, fev./2018, São Paulo: Revista dos Tribunais.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. Scientia Iuris. v. 10, 2006, p. 228.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R. (Coord.). Justiça, cidadania e democracia. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. Revista de Direito Administrativo. vol. 216, abr.-jun./1999, Rio de Janeiro: FGV.

SIQUEIRA, Ricardo Lagreca; CHIESI FILHO; Humberto. O empoderamento do usuário da internet e o desestímulo à judicialização. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

A INCONSTITUCIONALIDADE NOTÓRIA DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alexandre Augusto Rocha Soares
Camila Cardoso Takano

INTRODUÇÃO

A questão referente à esterilização compulsória de indivíduos que permanecem à margem da sociedade é polêmica e gera discussões acerca da inconstitucionalidade do referido instituto à luz da eficácia dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, discutiremos sobre o dever, o não, de se coibir qualquer ato que viole o direito e a integridade física de qualquer pessoa.

Um dos pontos principais do presente artigo é compreender a temática acerca do instituto da esterilização compulsória de pessoas em situação de vulnerabilidade social sob o prisma do ordenamento pátrio brasileiro, que tem como premissa a proteção do sistema jurídico de garantias. Para isso, torna-se necessário demonstrar a importância da compreensão acerca dos direitos fundamentais para a consolidação legítima do Estado Democrático de Direito.

Nesse âmbito, analisaremos a atual jurisprudência sobre a temática a fim de compreender melhor o instituto. Além disso, iremos refletir sobre a liberdade individual de cada pessoa e o limite da atuação do poder público. Comentaremos sobre o dever de agir do Estado em prol da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, bem como para garantir uma

vida condigna a todos os indivíduos, independente da situação em que se encontrarem, uma vez que incumbe à Administração Pública zelar pela vivência harmônica entre indivíduos, comunidades e governos.

Isto posto, partindo-se do pressuposto de que a concretização e o respeito aos direitos fundamentais são os responsáveis principais pela promoção do bem de toda coletividade, a atuação estatal não deveria, obrigatoriamente, utilizar-se daqueles como preceitos-base? A esterilização sem o consentimento da pessoa não configuraria uma ofensa à nossa Magna Carta, pautada esta pela defesa das garantias individuais?

A PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA SOB O FUNDAMENTO TEÓRICO E NORMATIVO EM DEFESA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A esterilização compulsória de homens ou mulheres é medida de ingerência na liberdade reprodutiva de um indivíduo que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico-constitucional. Tal instituto corrobora o enraizamento de lógicas higienistas no imaginário de parcela da sociedade, para quem a incapacidade moral de criar e educar uma criança seria suficiente para impedir judicialmente que determinada pessoa exercesse sua liberdade sexual e reprodutiva, ainda que não fosse essa sua vontade.

Antes de concluir pela inquestionável inconstitucionalidade desse procedimento, é necessário entender o que alegam os defensores da esterilização compulsória. Em apertada síntese, basear-se-iam na suposta necessidade de impedir o nascimento de crianças cujos pais não teriam estrutura moral de criá-las por ocasião de seu estilo de vida supostamente desregrado pelo uso de drogas, promiscuidade, entre outros – caracteres estes que, no nosso sentir, derivam mais de uma visão de mundo preconceituosa[35] do que de elementos propriamente jurídicos.

35 Não se tece, aqui, críticas a este ou aquele agente ou a esta ou aquela visão de mundo, mas à marginalização de pessoas e grupos "coisificados" pelas camadas dominantes da sociedade.

Não se deve admitir que uma pessoa, por sua condição física, psíquica, econômica, religiosa, ou por qualquer motivo que seja, possa ser impedida de exercer sua liberdade sexual e reprodutiva por, supostamente, ser inapta de cuidar de seus filhos. Tal premissa conduziria, invariavelmente, a um higienismo, ao extermínio dos indesejáveis. Afinal, são os grupos marginalizados que são atingidos por esses argumentos.

Conforme o art. 226, "caput", da Constituição Federal, a família é base da sociedade e tem especial proteção estatal. O § 7º desse mesmo artigo consagra os ditames do planejamento familiar[36], pelo qual se impede qualquer interferência pública ou privada nas capacidades reprodutivas de uma pessoa, já que seriam vedadas medidas coercitivas deste jaez. A faculdade de exercer seus direitos reprodutivos encontra esteio constitucional e é expressão da dignidade da pessoa humana, princípio informador de toda a Carta Magna, previsto no art. 1º, inciso III.

Apesar de se referir ao planejamento familiar do casal, é óbvio que aquele dispositivo abarca pessoas que vivem sozinhas e, ainda assim, querem realizar o sonho de serem pais e mães pela via biológica ou pela adotiva. Seu real alcance implica a aceitação de que ninguém, a não ser a própria pessoa, pode determinar se e quando ela terá filhos, bem como a forma de criá-los[37], embora seja dever do Estado promover a conscientização quanto à parentalidade consciente e a importância do planejamento familiar. Quando em casal, essa decisão é tomada conjuntamente, sem que um possa obrigar o outro a ter filhos.

Nessa linha de pensamento, a Lei nº 9263/96 regulamenta referido dispositivo, dispondo as regras para realização de esterilização voluntária. Não há, em referida regulação, nenhuma menção a formas compulsórias de esterilização, mesmo porque o artigo constitucional em comento veda medidas deste jaez.

---

36 Art. 226, § 7º, CF: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

37 A forma de criação dos filhos encontra óbice nos direitos da própria criança a uma infância saudável, livre de violências físicas e psíquicas e da parentalidade irresponsável.

Nota-se, é verdade, que o Estado brasileiro tem falhado veementemente em seu papel informador e educativo, especialmente no que tange ao planejamento familiar. Entretanto, tal conduta não justifica a ingerência no corpo dos cidadãos para lhes promover lesões reprodutivas que, supostamente, corrigiriam a miserável falha da Administração Pública em promover a conscientização quanto à parentalidade responsável, ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva.

Longe de ser uma prática de controle de natalidade aceitável, a esterilização compulsória é forma de cerceamento dessas faculdades, ainda que exercidas de forma inconsequente. Trata-se, em outras palavras, de uma forma de extermínio dos indesejáveis e daqueles indivíduos que, porventura, ensejam mais expensas ao Estado.

Vislumbra-se uma forma de higienismo social inaceitável, como se as expensas causadas à coletividade, provocadas pelo nascimento de um filho em condições de vulnerabilidade, fossem suficientes para justificar a mutilação. Como se a incapacidade de criar um filho, derivada da situação de vulnerabilidade dos pais, fosse justificativa para seu impedimento de exercer a liberdade reprodutiva que lhe é inerente. Por outro lado, aqueles em condições sociais, físicas e psíquicas adequadas poderiam ter quantos filhos quisessem, uma vez que teriam boas condições de cuidar da prole sem gerar dispêndios anormais à coletividade.

Cumpre notar que é vedado ao Estado tanto a esterilização quanto a fecundação forçada, ou seja, o planejamento familiar deve ser exercido de forma livre e informada. Nesse contexto, cabe ao Poder Público e aos demais atores da sociedade trabalharem sob a base por meio da educação social e sexual, para que o direito seja exercido com responsabilidade. Como se denota da literalidade da norma constitucional, é vedada qualquer forma coercitiva de instituições oficiais ou privadas para o exercício do planejamento familiar, independentemente das condições sociais, físicas e psíquicas de alguém. O dispositivo não admite a diferenciação proposta pelos defensores da esterilização compulsória entre aqueles que podem e aqueles que não podem ter filhos.

Aliás, partindo-se da premissa pretendida, seria possível impedir que mesmo pais que não estivessem em situação de vulnerabilidade tivessem filhos, por exemplo, se fosse provável que eles nascessem com alguma deformidade genética. Ou, ainda, se as pessoas fossem etnicamente indese-

jáveis, de religião minoritária. Nesse âmbito, percebe-se com facilidade que não pode o Estado se insurgir contra a parentalidade, sob pena de promover a eugenia[38].

Desta feita, não pode se admitir que o direito à liberdade reprodutiva seja tolhido de qualquer pessoa, afinal, é cristalino o artigo ao vedar todas as formas coercitivas de planejamento familiar. A aceitação da esterilização compulsória em um único caso sequer implicaria a completa aniquilação de qualquer patamar civilizatório mínimo.

Esterilizar um ser humano contra sua vontade é tratá-lo como um ser inferior, irracional, que deve ter sua multiplicação controlada[39]. É a coisificação de uma pessoa, é conferir-lhe tratamento digno dos piores Estados totalitários que a História já conheceu. Judeus eram esterilizados pelo regime de Adolf Hitler e, agora, corre-se o risco de cometer o mesmo erro como se a simples chancela judicial fosse suficiente para validar o indefensável. Frisa-se que o Estado Nazista, naquele tempo, também se amparou no Direito Positivo para se validar e propagar e, nem por isso, deixou de ser um Estado antijurídico. Da mesma forma, uma decisão judicial não tornará constitucional uma prática tão repulsiva.

Essa coisificação é absolutamente incompatível com a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana é um princípio jurídico de status constitucional referente a um valor fundamental, sendo parte do conteúdo dos direitos fundamentais (BARROSO, 2018). Tal instituto assume importante função demarcatória, uma vez que estabelece um padrão mínimo de dignidade na esfera dos direitos sociais.

O princípio da dignidade humana deve ser aplicado de forma a proteger o seu conteúdo mínimo para conceder unidade e objetividade a todo sistema, afastando qualquer conceituação ampla e vaga. Tal conteúdo mínimo deve abordar a laicidade, a neutralidade política e a universalidade,

---

38 O termo “eugenia” foi criado pelo antropólogo inglês Francis Galton (1822-1911) em 1883 para conceituar uma ciência que compreenderia os mecanismos de transmissão de características genéticas, significando, em outras palavras, "bem nascido". Galton definiu eugenia como um caminho para contribuir com a melhora das qualidades populacionais, indicando processos selecionadores das melhores características e sua proliferação, impedindo a ocorrência das características degenerativas na sociedade (DEL CONT, 2008).

39 Recentemente foi sancionada lei que permite a esterilização de cães e gatos para redução das populações desses animais nas ruas (Lei nº 13.426/17).

a fim de garantir uma noção de dignidade aberta, plural e plástica (BARROSO, 2018).

Assim, viver dignamente significa, entre outros, ter seus direitos fundamentais respeitados, ter amparo da família, do Estado, desenvolver suas potencialidades (inclusive reprodutivas). Obviamente, a esterilização compulsória vai na contramão de tudo isso. O Estado brasileiro não é totalitário e nem se equiparará aos regimes mais cruéis da humanidade pela conveniência de não tratar mais das pessoas em posição de vulnerabilidade.

Um dos maiores filósofos da Era Moderna, John Stuart Mill desenvolveu larga produção acadêmica sobre a razão da existência do Estado. Desenvolveu com maestria o *harm principle*, pelo qual o Estado só existe para prevenir que façamos mal a um terceiro (MILL, 2011).

A engenhosidade da tese fica evidente ao se constatar que suícidio, autolesão, a disposição do direito de propriedade, entre tantos outros, não são puníveis pelo ordenamento jurídico. Uma pessoa pode se ferir, se mutilar, porque ao Estado não cabe prevenir com que ela faça mal a si mesma, mas só a terceiros, embora por questões humanitárias deva impedí-la. Outrossim, o Estado pode tentar impedir que um indivíduo se prejudique, se machuque, se mate, mas não pode puní-lo pela tentativa.

Até mesmo por isso, é permitida a laqueadura em sede voluntária. A lei que regula o tema permite (Lei nº 9.263/96), expressamente, que a laqueadura seja realizada mediante consentimento expresso da mulher. Vejamos a literalidade do artigo 10º da referida lei:

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)
>
> I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

> II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.
>
> § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

Não há margem para interpretação. O artigo em questão deixa claro que a esterilização só pode ser feita voluntariamente, mediante autorização escrita (consentimento informado). Veja-se que em nenhum momento se permite que ordem judicial supra esse consentimento. Ao juiz não é concebido definir sobre o destino reprodutivo de uma pessoa, mesmo porque o trecho acima transcrito não faz nenhuma ressalva quanto a essa possibilidade. E nem deveria fazê-la, porque o texto normativo afirma, genericamente, que esse consentimento é condição necessária à esterilização, seja qual for o tipo.

Deve-se abrir um parêntese quanto à situação dos dependentes químicos. A Lei de Planejamento Familiar estabelece a presunção absoluta que a pessoa sob efeito de tóxicos não pode dar seu consentimento para a cirurgia, potencialmente irreversível. Assim prescreve o §3º do art. 10:

> § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

Por um exercício de hermenêutica jurídica básica, se não pode se admitir a esterilização voluntária de alguém sob o efeito de drogas nocivas, com mais razão não se pode admiti-la de forma compulsória. Não se pode deferir medida mais gravosa do que outra previamente vedada por lei. Em outras palavras, quem não pode o menos, não pode o mais e, nessa perspectiva, a esterilização compulsória é mais do que voluntária. Logo, o uso de drogas não poderia embasar, sob esse prisma, um pedido dessa natureza.

Seguindo adiante, a esterilização compulsória não passa pelo teste de proporcionalidade e razoabilidade. Aquela foi dividida em três subprincí-

pios pela jurisprudência alemã, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 2018). Percebe-se, sem dificuldade, que se trata de medida absolutamente gravosa, irreversível, que tem resultado prático equivalente ao uso de métodos contraceptivos ou reversíveis que sequer foram cogitados. Vislumbra-se a possibilidade de colocação de um dispositivo intra uterino, por exemplo, que seria uma alternativa mais barata, eficaz, reversível e mais segura.

Como se percebe, não há adequação entre meios e fins, não há necessidade de se submeter a interessada a procedimento tão agressivo. É uma violência, é uma lesão grave, e não deve ser admitida sob a chancela judicial.

O absurdo fica mais claro ao realizar o teste de universalização. Nos dizeres da filosofia de Immanuel Kant, um dos pensadores de mais relevo em nossa era, o agir humano deve seguir o imperativo categórico (KANT, 2001). Para saber se uma ação é correta, deve-se questionar se a vida em sociedade seria possível se determinada atitude se tornasse uma máxima universal. Ora, não é difícil perceber que se a esterilização maciça de doentes mentais, viciados em tóxicos, ou de quaisquer outros indesejáveis nos tornaria uma sociedade bárbara, irracional. Admitir a esterilização compulsória de uma pessoa sequer significa dar passos largos nessa direção.

A prática é amplamente rejeitada, também, em sede internacional. Os direitos humanos, como é notório na doutrina especializada, é ciência multidisciplinar que transcende os ordenamentos jurídicos nacionais em favor de todo o ser humano vivo. Tais direitos vinculam-se a um conceito abrangente e, portando, a uma validade universal independente de qualquer previsão constitucional nacionalista (SARLET, 2007a). Ainda que um Estado não tenha nenhuma lei proibindo condutas nocivas aos direitos humanos, estas são convencionalmente proibidas pela comunidade internacional. Tanto é que existem tribunais para julgar crimes contra a humanidade.

Assim, o desrespeito aos direitos humanos não é somente a mácula ao direito de uma única pessoa. Não se discute, somente, a violência que busca se perpetrar contra a pessoa esterilizada, mas a violência a todos os patamares civilizatórios, ao direito de todo ser humano vivo de exercer sua capacidade reprodutiva, de ter filhos e, se desejar, ter uma vida libertina, ainda que a criança seja "indesejável".

As aspas se justificam porque uma criança é indesejável para a mãe, jamais para a sociedade. Esta deve acolher os menores abandonados como seus filhos, auxiliá-los. É difícil entender como tribos ditas selvagens, não civilizadas, adotam as crianças órfãs para criação coletiva e nossa sociedade seja incapaz de lidar com o problema. No meio animal, constata-se que elefantes cuidam da cria alheia quando a mãe falece por algum motivo, e nossa sociedade civilizada, ao que nos parece, seria incapaz de fazê-lo. Sob a alegação de que para o suposto bem da criança, que não teria um responsável que cuidasse dela, estaria a fundamentação para a esterilização. Então, pelo próprio bem da prole eventual, impedir-se-ia seu nascimento. Tal lógica é esquizofrênica.

Apesar da complexidade das políticas públicas que tratam dos temas supra, a esterilização não é um caminho para solucionar a problemática, ao menos em um Estado que se reputa Democrático de Direito. Nessa seara, a dignidade da pessoa humana insere-se no embasamento teórico-normativo universal, conferindo unidade e legitimidade a todo ordenamento e concedendo valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Como consequência, a dignidade humana deve ser vista como fundamento e como o fim de toda sociedade e Estado Democrático (SARLET, 2007b).

Dever-se-ia tratar do vício da mãe, de seus problemas psicológicos, fornecer-lhe trabalho, promover sua dignidade, acolher os eventuais filhos, e não simplesmente impedi-los de existir. O caminho é acessível, mas o percurso mais claro nem sempre é aquele acolhido pelo Direito.

A situação é grave. Assim, ainda que não haja proibição expressa e textual para a esterilização compulsória, ela decorre do ordenamento jurídico e da dignidade da pessoa humana. No entanto, conforme dito, os direitos humanos transcendem as fronteiras nacionais, transcendem o ordenamento jurídico positivado, e por isso sua redução a termo é mera formalidade.

Não obstante, tal "formalidade" foi levada à cabo na Europa. A Convenção de Istambul[40], assinada por mais de uma dezena de países do Velho Continente, tem por escopo a prevenção e repressão da violência contra a mulher. Dentre as práticas vedadas está a esterilização forçada.

---

40 O texto completo da Convenção está disponibilizado em diversos sítios eletrônicos, como no site da Comissão para Cidadania e Igualdade de Gênero do Centro de Informação e Documentação.

A esterilização prática é, portanto, uma violência contra a mulher e contra os direitos humanos. Justamente por isso, sua realização em massa é considerada crime contra a humanidade pelo art. 7º do Estatuto de Roma, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4388/02. Vale consignar que o Brasil aderiu, portanto, aos ditames do Tribunal Penal Internacional criado por esse documento.

Embora a esterilização compulsória seja considerada crime contra a humanidade quando realizada em massa por um agente específico, notadamente Chefes de Governo ou de Estado, não resta dúvida que a proliferação de decisões judiciais pode ter efeito prático equivalente. Isto é, apesar de não haver um agente que cometa o crime isoladamente, que daria ensejo ao julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, o efeito prático seria o mesmo, qual seja, a esterilização forçada de inúmeras mulheres. Seja por um agente, ou por vários, por atos concretos ou sentenças judiciais, o fato é que quando cada mulher sofre tal lesão ao seu direito, um passo é dado rumo à barbárie. Mais do que isso, a tipificação da esterilização compulsória como crime contra a humanidade expõe o grau de severidade da prática, ainda que contra uma única pessoa.

UMA BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A despeito de todo o exposto, constatamos que há casos pontuais em que a esterilização compulsória foi objeto de discussões em juízo. Um dos casos polêmicos,.inar nesse sentido, a prática foi rapidamente coibida pelo Tribunal de Justiça do Estado (Apelação Cível nº 0001409-64.2018.8.25.0048, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Sergipe).

Tecemos esclarecimentos sobre a causa sergipana em razão da proximidade com o caso. Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público[41] para tutelar, supostamente, o interesse à saúde de uma cidadã em situação de vulnerabilidade, supostamente doente mental, usuária de drogas e protagonista de um estilo de vida promíscuo, à época com filhos, todos retirados do âmbito familiar.

41 Ressalte-se que não é uma crítica a determinado membro do parquet, muito menos à instituição. Este foi um caso isolado que, por sinal, não reflete a posição institucional daquele órgão ministerial.

Por mais grave que fosse a situação da interessada, nada justificaria a retirada de sua liberdade reprodutiva, tal qual já relatado. A despeito de tudo isso, dos argumentos jurídicos e metajurídicos apontados, fora deferida liminar na ocasião permitindo a esterilização da interessada. O Estado de Sergipe manejou, então, agravo de instrumento cujo efeito suspensivo deferido impediu a concretização da violência. Por questões processuais[42], o processo foi levado a julgamento pelo Tribunal de Justiça, o qual confirmou a inconstitucionalidade do pedido do Ministério Público e enterrou, em definitivo, a possibilidade de se proceder à esterilização da interessada.

De toda forma, durante a instrução processual, foram realizados relatórios sociais que apontaram que a interessada, apesar de persistir em situação de vulnerabilidade, estava recebendo apoio psicossocial e cuidando bem do filho que nascera durante o trâmite judicial. Mais do que isso, alterou radicalmente seu estilo de vida, não usava mais drogas, estava em busca de trabalho e de novas companhias.

Embora não se saiba como está a interessada atualmente, percebe-se a partir do caso narrado que a potencialidade do ser humano de se regenerar não deve ser ignorada. Quando a interessada teve o apoio necessário do Estado, correspondeu e passou a ter hábitos menos nocivos para si, para seu filho recém-nascido e para a coletividade. Outrossim, percebe-se que uma das causas da conduta imprópria da interessada era a falta de acolhimento, sendo deveras injusto que, por uma falha estrutural do poder público, ela fosse impedida de exercer toda sua potencialidade como ser humano.

Este *case* revela como a prática, de cunho irreversível, é inadmissível. Se o estilo de vida desregrado, com uso de drogas, é a causa de pedir para a esterilização compulsória, então promover a mutilação seria não só punir

42 Apesar da vedação legal para a realização de laqueadura durante o parto, o nascimento do filho determinou o julgamento sem resolução do mérito pela suposta "perda do objeto" daquela demanda. O Estado de Sergipe, então, recorreu por conta, em síntese, de dois argumentos processuais: primeiro, o pedido de esterilização compulsória é juridicamente impossível, o que ensejaria a resolução do mérito, com total improcedência; segundo, porque houve ampla dilação probatória que indicou que a interessada tinha, de fato, condições de criar o filho. Como a causa de pedir da esterilização era a falta dessa capacidade, a produção de prova em contrário conduziria à improcedência da demanda.

a pessoa por sua vulnerabilidade, mas o reconhecimento formal de que não há esperanças em sua recuperação.

O dever do Estado e de toda sociedade, na verdade, é o de acolher esse indivíduo, fornecendo-lhe o suporte necessário para que ele cuide de seus filhos e, não o sendo possível, que a sociedade os acolha. A ineficácia dessas políticas públicas não pode conduzir à negação ao direito à liberdade reprodutiva. Nesse mesmo sentido, o Ministério Público Federal exarou um parecer na ADI 5.097/DF, ainda em trâmite processual, defendendo a tese de que ao Estado não cabe impor restrições à autodeterminação do indivíduo em sua esfera mais íntima, que é a liberdade de dispor de seu próprio corpo, sob pena de ultrapassar seu limite de ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que para a garantir uma vida condgina à coletividade deve-se desenvolver métodos que propiciem a concretização dos direitos fundamentais. Para garantir a efetivação desses direitos, juntamente com a manutenção de padrões mínimos de dignidade para uma vida humanamente possível, torna-se necessário adequar as condutas públicas aos ditames constitucionalmente previstos.

A esterilização compulsória, sem qualquer chance consentimento do indivíduo, não satisfaz o contexto teórico e hermenêutico defendido por um Estado Democrático de Direito. Ainda que as alegações para uma possível aplicação do referido instituto em defesa de que eventuais proles não sejam concebidas sem responsáveis legais e morais, ficando a cargo do estatal aludida tarefa, não é proporcional e nem razoável permitir uma conduta de tamanha ofensa. A pseudociência da eugenia defendida por Galton não deve prosperar, sob pena de se permitir a restrição dos direitos humanos e a defesa de condutas autoritárias, dando ensejo ao fortalecimento de políticas discriminatórias, violentas e injustas.

O ente estatal tem como obrigação fornecer os meios necessários para o desenvolvimento livre e sadio dos cidadãos, independente de qualquer alegação econômica, política e cultural. Ocorre que, na prática, os direitos sociais carecem de efetividade e de legitimação, deixando alguns indivíduos desprotegidos e em situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, o poder público deve atuar em defesa da concessão do mínimo existencial,

não sendo ponderável estancar o problema ao final e, dessa forma, atuar na consequência e permitir a esterilização compulsória dos indesejáveis.

Isto posto, diante da inegável, desproporcional e inaceitável violência aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, a esterilização compulsória concedida pela via judicial deve ser amplamente rejeitada e combatida para que não se promova o extermínio seletivo de indivíduos indesejáveis que estão à margem da sociedade.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 [E-Book].

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Brasília, DF. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Brasília, DF. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097/DF**. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. TJSE. **Apelação Cível nº 0001409-64.2018.8.25.0048.** 2ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator: Luiz Antônio Araújo Mendonça. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em: 21 set. 2019.

CONVENÇÃO de Istambul. **Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica / Conselho da Europa.** Comité de Ministros. 1ª ed. Lisboa, 2013. 48 p. ISBN 978-972-597-349-3. Comissão para Cidadania e Igualdade de Género. Centro de Informação e Documentação. Disponível em: <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibsrch.aspx?skey=E51FECF9544F4B5E864D2852A-1F1E304&cap=2%2c13&pesq=3&opt0=or&ctd=off&c4= off&-c3=off&c1=off&c2=on&c8=off&c13=on&c14=off&c15=off&-c16=off&arqdigit=off&bo=0&var3=conven%u00e7%u00e3o%20do%20conselho&doc=95339>. Acesso em: 19 set. 2019.

D*EL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade.* ***Sci. stud****. vol. 6 nº 2. São Paulo Abr/Jun, 2008. On-line version ISSN 2316-8994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000200004>. Acesso em: 17 ago. 2019.*

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MILL, John Stuart (1806-1873). **Sobre a liberdade**. Tradução Pedro Madeira. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS NO BRASIL

Thiago Gonçalves da Fonseca

INTRODUÇÃO

O presente artigo acadêmico tem por objetivo analisar o direito à propriedade, bem como o direito à moradia sob a ótica do Programa Governamental brasileiro denominado "Minha Casa, Minha Vida", inserido a partir do advento da Lei 11.977/2009.

Para o entendimento do objetivo, inicia-se com a análise do direito à propriedade e, posteriormente, com o direito à moradia, que será mencionado no decorrer do texto, comprovando-se que apesar destes direitos serem costumeiramente utilizados como sinônimos há grandes diferenças entre um e outro, podendo dizer que o direito à moradia apesar ser um desdobramento do direito de propriedade, é mais amplo e atende com maior eficiência as necessidades mínimas do homem e a preservação de sua dignidade humana.

Feitas as devidas considerações, o artigo abordará o programa Minha Casa, Minha Vida, que apresenta uma solução eficaz para parte da problemática brasileira quanto ao déficit habitacional, tendo em vista os principais benefícios que esse programa gerou para a população brasileira, porém é imprescindível a necessidade de aperfeiçoá-lo.

Com isso, verifica-se que o objetivo geral do artigo é analisar se há efetividade no direito à moradia a partir da vinculação ao Programa Minha Casa, Minha Vida. Por meio do artigo será possível entender que o

Brasil tem uma história marcada pelo déficit habitacional e pela ocupação desordenada dos centros urbanos. A população carente, via de regra, ocupa propriedades desprovidas de infraestrutura e mal localizadas.

Por fim, através do trabalho também será possível compreender que apesar de existir previsão na Constituição Federal de 1988 assegurando o direito à moradia no Brasil, as políticas públicas abrangidas na temática ainda se mostram ineficazes.

O estudo contou com a análise pautada no método de investigação dedutivo, cujos procedimentos técnicos adotados foram livros, doutrinas, leis e jurisprudência.

1. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, é importante afirmar que os direitos fundamentais são considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. Dessa forma, são direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta o Estado reconhecer os direitos fundamentais, hoje o Estado deve buscar concretizá-los, assim como incorporá-los à vida social.

Destaca-se que nenhum direito fundamental é absoluto. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Conforme menciona Paulo Gustavo Gonet Branco:

> "(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada" (BRANCO, 2007, p. 230)

A Constituição Federal de 1988 foi a melhor que instituiu os direitos fundamentais, tanto em quantidade como em qualidade. Os direi-

tos sociais tiveram, pela primeira vez na história do Brasil, a merecida relevância.

Além do conceito de direitos fundamentais, também é importante compreender que há uma série de características impostas sobre a natureza deles e que devem ser observadas para o seu pleno funcionamento. Existem três características essenciais que são atribuídas a estes direitos, entre as quais destaca-se: a perenidade, a relevância e a universalidade.

A perenidade é entendida no contexto de que, como suporte do Direito, estas normas jamais deixarão de existir. Já a relevância, exclui a possibilidade de inserção de direitos secundários ou parciais, advindos de relações particulares ou transeuntes, em outras palavras são direitos que se sobrepõem aos demais previstos no ordenamento. E, por fim, a universalidade diz respeito à aplicação a todos os homens sem qualquer tipo de distinção e em qualquer espaço temporal. (NOGUEIRA, 2003, p. 250).

De maneira geral, a doutrina costuma subdividir os direitos fundamentais em quatro gerações, conforme o momento em que surgiram na humanidade e a natureza de que se revestem. Destaca-se que o presente artigo só abordará detalhadamente a primeira e a segunda geração, tendo-se em vista a sua relevância na pesquisa.

1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Para se compreender o surgimento dos direitos de primeira geração há que se levar em consideração que, quando do surgimento do Estado, no âmago das revoluções liberais do século XVIII, cabia a este desempenhar o papel restrito de garantir a segurança de sua população, tanto de ameaças internas e, especialmente, de origem externa e, para a concretização deste objetivo cobrava tributos. (FONTE, 2015, p. 92)

Dessa forma, foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado não pode desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer, ou seja, os direitos individuais, destacando-se o direito de propriedade.

1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

São direitos de segunda geração, assim compreendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar.

Dessa forma, o direito social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social, contudo, o direito social mais apropriado ao conteúdo da segurança jurídica é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos, tendo por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social. (CARVALHO, 2014, p. 190)

Como resultado nasce a previsão dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais, via de regra, demandam prestações estatais visando à concretização de uma igualdade efetiva entre os membros da sociedade, sendo também conhecidos como direitos de igualdade. (XEREZ, 2014, p. 32)

Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). Entre os quais destaca-se: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores.

1.3 As Outras Gerações de Direitos Fundamentais

A terceira geração dos direitos fundamentais corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. O Estado passou a proteger novos direitos, os quais surgiram devido ao processo de industrialização e urbanização. Agora a tutela jurídica não pode ser voltada apenas para os direitos individuais, deve se proteger, também, os direitos coletivos. Protege-se os direitos relacionados à sociedade e sua organização. Dessa forma, são exemplos desses direitos: direito à paz, direito a comunicação e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, existem vários doutrinadores que defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, obstinada a proteção da democracia, da informação e do pluralismo.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 foi fruto de intensos debates acerca de um novo país que nascia na expectativa da transição do regime ditatorial militar para um Estado Democrático de Direito ainda incógnito. Os segmentos que juntos fizeram frente à ditadura, defendendo um ideal democrático, dividiram-se em alguma medida nos debates propostos, já que neste quadro não havia mais o inimigo em comum: o Estado Autoritário.

As diferentes forças políticas e grupos de interesse se associaram ou sofreram a influência de *lobbies*, que, por sua vez, buscavam influenciar as decisões tomadas nos grupos de trabalho para expressar no texto final o que era mais interessante para aquele grupo de reivindicação. Nesse sentido, é interessante destacar a atuação da União Democrática Ruralista – UDR, que organizava os grandes proprietários de terras para pressionar a constituinte a não avançar sobre temas que pudessem afetar suas posses. Um desses temas foi a vinculação do direito à propriedade à função social.

Nos debates da Comissão de Sistematização, a aprovação da função social da propriedade deu-se após grande tensão, que resultou em um acordo entre esquerda e conservadores. Entretanto, esse acordo desagradou a UDR, por considerá-lo avançado ao relativizar o direito de propriedade. Foi entendido que esse texto gerava um consenso ao relativizar o direito de propriedade, mas sem ameaçar gravemente os grandes proprietários. O texto aprovado conciliava as partes e jogava a disputa para o futuro. A batalha se daria a partir disso no judiciário, através do entendimento dos juízes brasileiros acerca dessa garantia constitucional, e também fora dele, na disputa material pelo objeto dessa norma. Latifundiários e trabalhadores sem terra ou sem teto - no caso das cidades - vão ilustrar as disputas que arvoram a partir dessa conciliação que na prática nunca aconteceu e só postergou o problema da concentração de terras para uma resolução que depende do grau de esclarecimento da sociedade sobre o tema.

Nas cidades, a função social da propriedade está detalhada no Plano Diretor Municipal, que também é alvo dos mais diferentes lobbies, por se tratar de um documento que pretende organizar o crescimento urbano e as prioridades da administração pública.

Conforme já foi exposto no artigo, o direito de propriedade situa-se na primeira geração dos direitos fundamentais, inseridos no reconhecimento de direitos próprios da natureza humana, logo de cunho universal. Assim, nas principais declarações, quais sejam, Declaração de Direito da Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) o direito de propriedade é concebido dentro da bandeira da liberdade. Cabendo ainda a informação de que, em sua origem, estava estritamente ligada à produção e ao desenvolvimento econômico, pois importava no domínio sobre o resultado da força do trabalho. (LEAL, 2012, p. 3).

O direito fundamental da propriedade foi incluído através do modelo liberalista. A propriedade detinha a previsão legal como direito absoluto e inalienável, restando nela compreendidos os direitos de uso, gozo e disposição. Porém, no cenário internacional, a reação contra o liberalismo fez com que surgissem opositores ao modo como se tratava o instituto da propriedade, clamando que esta não poderia continuar a servir a repressão de massas e ao desiquilíbrio social, já que a mesma, além dos interesses individuais, deveria servir ao social, cumprindo sua função social.

No cenário brasileiro, a partir da Constituição de 1934 nota-se o início da alteração da passagem do individual para o coletivo e, a propriedade então passa a ser vista como benefício social, o que se manteve nas Constituições posteriores e se evidencia pelo art. 141, § 16° e art. 147 da Constituição de 1946 (SOUZA, 2008, 107-110):

> Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> §16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as

> autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.
>
> Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

O direito de propriedade (função social), bem como o direito de moradia estão compreendidos, atualmente, em razão de sua inserção como direito fundamental como direitos de natureza essencial no tocante a personalidade da pessoa, como uma prerrogativa inerente ao homem e assim irrenunciável, indisponível e indissociável de sua vontade.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Primeiramente, é necessário ressaltar que o direito à moradia é um direito social que nasce da natureza moral da pessoa humana. Trata-se de um direito de igualdade, importante para a vida, o qual deve ser dotado de plena efetividade.

O direito à moradia no Brasil é um direito social dotado de inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, no entanto, devido à ausência de políticas públicas eficazes, ainda se encontra distante da plena concretização.

Importante destacar que é fundamental para a efetivação da dignidade da pessoa humana assegurar ao indivíduo uma moradia justa, respeitando condições básicas de saúde, segurança e infraestrutura, ou seja, o direito à moradia é um pressuposto para concretizar a dignidade da pessoa humana.

O Brasil é membro da Organização das Nações Unidas e, portanto, segue a Declaração dos Direitos Humanos, afirmando-se que:

> "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis " (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Dessa forma, os tratados e acordos internacionais assinados pelo Estado brasileiro têm força de lei, fazendo ser obrigatório o seu cumprimento dentro do território brasileiro.

O direito à moradia também foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional n. 26/2000, expresso no Art. 6º, caput, da Constituição Federal e, portanto, deve ser resguardado pelo Estado por meio da implementação e efetivação de políticas públicas visando assegurar que todos tenham uma habitação digna:

> "São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. " (BRASIL, 1988)

O direito à moradia, como todo o conjunto de direitos fundamentais, vincula-se a outros direitos básicos. Assim, quando violamos esse direito estamos indiretamente falando em violação a outros direitos fundamentais, como exemplo: à saúde, a segurança, a vida, dentre outros, uma vez que a família que não tem moradia adequada, em geral, vive em regiões que não tem saneamento básico, infraestrutura adequada e segurança.

Dessa forma, o direito à moradia deve ser assegurado e respeitado por todos no Brasil, ou seja, a Administração Pública, os Legisladores, os Governadores, o Poder Judiciário e os particulares estão obrigados a cumprir com o dever de efetivação dos direitos fundamentais de propriedade e moradia, por meio da criação de políticas públicas.

4. ANÁLISE DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA

O programa habitacional "Minha Casa, Minha Vida", objeto de estudo desse artigo, instituído em 2009 pela Lei nº 11.977/09, tem como objetivo subsidiar a casa própria para famílias de baixa renda e facilitar as condições de financiamento para quem tem renda de até R$ 9.000. Até 2018, mais de 5,5 milhões de unidades habitacionais haviam sido contratadas.

Hoje, o Minha Casa, Minha Vida é dividido por faixas de renda familiar, que determinam valor e a origem dos subsídios, assim como os juros e as condições de financiamento. Quanto menor a renda, maiores as

vantagens no programa. Destaca-se os principais pontos que o Programa "Minha Casa, Minha Vida" tem por objetivo desde a sua criação:

> "a) Os problemas de infraestrutura e saneamento básico das residências existentes, ao combater o déficit por reposição de estoque, via concessão de subsídios às famílias. b) Regularizar a questão fundiária das moradias em terrenos invadidos ou em áreas públicas, pela diminuição do valor de custas/emolumentos cartorários ou da exigência de legalização de matrículas nos cartórios de registro de imóveis, com a preferência pelo registro do imóvel no nome da mulher. c) Aumentar a oferta de unidades habitacionais, facilitando o acesso aos recursos do BNDES e dos fundos instituídos pelo PMCMV por parte das construtoras, visando diminuir o déficit por incremento de estoque. d) Eliminar a "elitização" dos financiamentos imobiliários ao conceder subsídios às classes sociais mais pobres, sobretudo aquelas com renda mensal de até três salários mínimos e que em geral não têm acesso aos recursos do FGTS. e) Resolver os aspectos técnicos da construção de novas moradias, ao determinar padrões de construção, impor limites para a construção de unidades habitacionais por empreendimento e exigir uma infraestrutura urbana mínima para aprovação dos projetos e liberação dos recursos" (D'AMICO, 2011, p. 47).

Nessa circunstância, o programa foi desenvolvido com o objetivo de diminuir o déficit habitacional existente no país, já que facilita o acesso das famílias de baixa renda à casa própria. O programa possibilita a distribuição de renda, a inclusão social, a dinamização do setor da construção civil e a geração de novos postos de trabalho.

No entanto, a existência de uma excessiva burocracia dificulta a concretização dessa política habitacional, assim como é necessário superar os entraves burocráticos que impedem a execução do projeto. Os agentes públicos têm inúmeras dificuldades de implementar o programa por falta adequada de treinamento e por ausência de uma regulamentação mais facilitadora. Exige-se do governo um aperfeiçoamento do programa, para torná-lo mais eficaz, desburocratizando-o e tornando mais fácil o acesso aos recursos para implantação do projeto.

Não obstante, trata-se de instrumento para uma Regularização Fundiária de Interesse Social, que foi usada tanto para aquecer a economia imobiliária e da construção como também é uma forma de ofertar acesso à moradia às pessoas consideradas de baixa renda, dentro dos critérios legais estipulados. Destaca-se que o programa se tornou uma política para "estimular o setor da construção civil, tradicionalmente um setor que emprega grande quantidade de mão de obra de baixa qualificação e que tem uma grande participação no PIB do país" (D'AMICO, 2011, p.47).

Importante mencionar, que o programa proporcionou uma exclusão social, pois o terreno escolhido para essas construções, em geral, situa-se nas periferias das cidades, tornando difícil o acesso a áreas de lazer, escolas, creches, transportes públicos. Outro problema está na estrutura desses empreendimentos, que não foi projetada para a classe que atende, gerando condomínios que por vezes escapam das condições econômicas de seus habitantes.

O programa apresenta uma solução eficaz para parte da problemática brasileira quanto ao déficit habitacional, tendo-se em vista os principais benefícios que esse programa gerou para a população brasileira, porém é imprescindível a necessidade de aperfeiçoá-lo. É fundamental o desenvolvimento de uma regulamentação mais eficaz, atingindo-se a população de forma mais ágil e eficiente, proporcionando um acesso à moradia mais rápido.

Dessa forma, é preciso ainda reforçar o comprometimento do Estado, já que o governo deve lutar constantemente pela igualdade social, bem como assegurar um desenvolvimento humano sustentável. É inconcebível que um programa habitacional tão notório e respeitável, como o "Minha Casa, Minha Vida", esteja perdendo sua identidade devido a existência excessiva de burocracia e à falta de um sistema de assistência às necessidades básicas do cidadão.

5. REFLEXÕES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS NO BRASIL

As políticas públicas têm como objetivo exigir que o governo pratique algo em favorecimento da população por ele governada. Os favorecimentos ocorrem a partir do momento em que o Estado, na figura de seu representante, traduz, de modo geral, suas propostas eleitorais em programas

e ações que se almeja resultado na realidade. O programa "Minha Casa, Minha Vida" pode ser considerado um importante exemplo dessas políticas, criado pelo Governo Federal.

É importante mencionar que no Brasil o Governo Federal tem como atribuição a elaboração de políticas públicas, mas a lei afirma que essa deve ser uma tarefa dividida entre a União, os estados e os municípios. Essas políticas públicas podem ser vastas: desde criação de programas nacionais para habitação, ações organizadas e cuidadosas voltadas ao resgate de moradores de rua, à erradicação de favelas e de habitações em áreas de risco.

Percebe-se, através de indicadores sociais, que no Brasil o número de pessoas que não possuem uma residência ainda é bastante elevado, mesmo havendo políticas públicas voltadas ao direito de moradia, previsto na Constituição Federal de 1988. Trata-se, dessa forma, de um dos maiores problemas brasileiros, agravado constantemente, até mesmo pela inexistência de recursos públicos capazes de solucionar o acesso à população de baixa renda.

O Brasil tem uma história marcada pelo déficit habitacional e pela ocupação desordenada dos centros urbanos. A população carente, via de regra, ocupa propriedades desprovidas de infraestrutura e mal localizadas.

Portanto, apesar de existir previsão no texto Constitucional de 1988 assegurando o direito à moradia no Brasil, as políticas públicas abrangidas na temática ainda se mostram ineficazes.

Existem inúmeros problemas visíveis em relação à moradia no Brasil, como as pessoas em situações de rua ou mesmo as favelas, uma característica intrínseca à realidade brasileira. Cada uma dessas situações tem seus motivos, mas elas partem da raiz de que o Estado brasileiro não tem sido capaz de garantir moradia a todas as pessoas. Há, portanto, um grande desafio dos governos locais em todo o país de conseguir garantir o direito à moradia a milhares de pessoas no território brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo científico teve o objetivo de compreender a importância dos direitos fundamentais, em especial os direitos à propriedade e o direito à moradia. Percebe-se através da pesquisa realizada que apesar dos avanços proporcionados na Constituição Cidadã de 1988, a questão da moradia

no Brasil ainda é precária, assim como as políticas públicas habitacionais ainda se mostram ineficazes.

Com base no que foi apresentado no artigo, o direito à moradia tem previsão no texto Constitucional, porém não basta só a positivação na Constituição, é preciso oferecer garantias mínimas para que a sobrevivência do ser humano ocorra de forma mais justa. Garantir ao cidadão brasileiro uma moradia digna, respeitando condições básicas de saúde, segurança e infraestrutura é um pressuposto para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Esse artigo analisou detalhadamente o programa habitacional "Minha Casa, Minha Vida", inserido a partir do advento da Lei 11.977/2009 pelo Governo Federal, que buscou combater as precárias condições de moradia existentes no Brasil, sendo uma política pública que visa à intervenção do Estado como meio para alcançar o direito social à moradia. Depois de analisarmos o "Minha Casa, Minha Vida" constatamos que é um programa do governo de suma importância, sendo um marco das mudanças sociais que estão acontecendo no país, mas ainda precisa ser aperfeiçoado. É fundamental o desenvolvimento de uma regulamentação mais eficaz, atingindo-se a população de forma mais ágil e eficiente, proporcionando um acesso à moradia mais rápido.

Por conseguinte, a atuação consistente e adequada do Estado através da implementação da política social do Minha Casa Minha Vida, por si só, não resolve totalmente a problemática habitacional no Brasil, em que pese contemplada somente na esfera de abrangência de seus possíveis beneficiários, assim como sequer adentrou-se à questão da distribuição destes recursos.

Portanto, além da responsabilidade do governo de reduzir constantemente a excessiva quantidade de burocracia, é necessário que ele facilite o acesso de recursos para a implementação de programas habitacionais, buscando-se assegurar de forma mais plena e célere o acesso à moradia.

7. REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL, **Ministério das Cidades**. Disponível em: http://www.minhacasaminhavida.gov.br/. Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. **Avanços e Desafios da Política Nacional de Habitação**. Brasília: MinCidades/SNH, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança Jurídica e a eficácia dos direitos sociais**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2014.

D' AMICO, Fabiano. **O Programa Minha Casa Minha Vida e a Caixa Econômica Federal**. In: COSTA, Juliana Camargos. O desenvolvimento econômico brasileiro e a Caixa. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, Caixa Econômica Federal, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como Direito Fundamental. Revista de Informação Legislativa**. N ° 194. Abr/jun. Brasilia: 2012. Disponivel em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1. Acesso em: 28 set. 2019.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2000.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito Constitucional das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

ENTRE O INTERESSE INDIVIDUAL E O INTERESSE COLETIVO: O COMPARTILHAMENTO DE SOFTWARE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Ícaro Melo dos Santos
Layanny Kelly Silveira Praxedes
Wagner Issa Gonçalves
Leonardo Resende Ortega

1 INTRODUÇÃO

As mudanças na forma com que o ser humano lida com o seu meio, desde as relações interpessoais até as ações com a natureza, trouxe rupturas no modo como se deve enxergar o direito de autor ao longo da história, sobretudo, pós-constituição de 1988.

Nesse sentido, a temática abordada neste trabalho, justifica-se na medida em que se percebe que o Brasil ocupa o 9º lugar de países que mais aplicam investimentos em tecnologia da informação, dentre os quais o mercado possui uma parcela de 21% pelos serviços de software bem como mais da metade dos usuários são de empresas dos setores de telecomunicações, finanças, indústrias e comércios. (EBC, 2018). O direito de autor, portanto, adentra a um novo modo de concepção de sociedade, qual seja, a sociedade da informação, na qual traz consigo debates que questionam a natureza do direito de autor, suas implicações, alcances, limites e possibilidades.

No mesmo contexto, destaca-se que a economia cresce cada vez mais baseada em um conhecimento. A importância da produção de software tem dois nortes a serem visualizados, primeiro, o seu papel que inviabiliza a aplicação do conhecimento em serviços, sistemas e produtos, segundo, porque aposta na função de difusão de informações entre organizações, instituições e outros atores da sociedade. (BRITTO; STALLIVIERI, 2010). Não é outra, a análise de Peralta, Silva e Teruya (2011) ao apontar que o acesso ao conhecimento visa, sobretudo, instrumentalizar a criação de riqueza e geração de receita na sociedade atual, buscando, para tanto, uma ruptura do processo de acumulação de riqueza dos bens palpáveis para os impalpáveis.

Assim, ao se tratar das hipóteses de compartilhamento de software, tem-se por objetivo questionar se o direito de autor perde sua essência ao ser colocado em xeque junto ao interesse de uma coletividade. Em outros termos, perderia a autoria simplesmente por compartilhá-lo? Ainda, a constitucionalização do direito privado, tende, de certa forma, a limitar o direito de autor, a fim de que haja melhor fruição de outros direitos tais como, direito à informação, direito à educação, direito à cultura? Quais os caminhos adotados para a política pública de software livre?

Para responder tais indagações, utilizamos da pesquisa bibliográfica e abordagem dedutiva e dialética. A pesquisa se encontra estruturada da seguinte forma: no item 2 é abordado, de modo breve, a trajetória histórica do direito autoral e suas nuances ao longo da história e identidade no ordenamento jurídico brasileiro; no item 3, preocupa-se com os apontamentos que a Constituição dá para o direito de autor, dialogando-o com os demais direitos fundamentais; no item 4, a discussão entre a o interesse privado e o interesse coletivo, especificamente, no que tange ao direito de software livre no contexto brasileiro e, por fim, no item 5, as considerações finais.

2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE AUTOR

A relação entre o homem e o mundo sofreu diversas modificações com o decorrer da história, há momentos que houveram rupturas que provocaram modificações no mundo através da transformação da relação homem/mundo como aponta o Professor Tércio Sampaio (2012), a pri-

meira revolução industrial fez surgir a ferramenta (flecha, cajado de madeira, pedra lascada) como extensão da mão do homem, e nesse sentido criou-se uma relação entre homem/ferramenta e sua função, o carpinteiro produz uma mesa, mas por sua atividade, se faz carpinteiro. Assim surgiu-se a necessidade de proteger a propriedade, as fronteiras e leis que disciplinam o comportamento em sociedade.

A segunda revolução industrial rompeu com a lógica homem/ferramenta com o advento da máquina industrial e as fábricas que criaram uma dependência entre o homem e uma estrutura metálica criada a partir de teorias científicas. Dessa forma o centro passa a ser a máquina e o homem passa a ser mero sujeito que opera, um operário e, portanto, é plenamente substituível.

Diante disso, a expressão ora aparece como direito de autor, ora como direitos autorais. Para Silveira (1998) o homem sempre teve noção do seu poder criativo e, é por essa razão que, de acordo com o professor catedrático da Universidade de Coimbra, José de Oliveira Ascensão, a noção do poderio criativo do homem pode ser percebida pelo conceito de propriedade intelectual que nasceu no final do séc. XVIII, quando se anunciava o fim de todos os privilégios. Para Bittar (2008, p.8)

> [....] o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências. [...] As relações regidas por esse Direito nascem com a criação da obra, surgindo, do próprio ato, criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (...)e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais [....]

A princípio não vislumbravam o Direito de Autor como um privilégio, mas sim como propriedade. Nesse contexto, destaca-se que nunca houve, historicamente, uma única concepção acerca do direito de autor. Todavia, Ascensão faz uma ressalva de que o Direito de Autor não é uma propriedade, pois, a obra é ubíqua e, uma vez sendo, não é possível submetê-la a um regime de coisa, que é o objeto da propriedade. (ASCENSÃO, 2008).

De outro lado, sob a influência do sistema Common Law, percebeu-se a materialização do direito de autor, isto é, o que importava era a obra copiável. Em outros termos, o aspecto econômico das cópias importava mais do que a criatividade na produção da matéria que estava sendo copiada. Nesse sentido, nota-se o crescimento das afirmações patrimonialistas do Direito de Autor desenvolvidas a partir do séc. XX até os dias atuais que, muitas vezes, utiliza-o como meio de obtenção lucrativa, tanto pelo direito patrimonial quanto pelo direito "moral" do autor. (ASCENSÃO, 2008).

É possível, assim, sintetizar a existência de dois sistemas diferentes: o anglo-americano, copyright que significa o "direito de cópia" e o sistema francês ou continental, droit d'auteur, que significa "direito de autor". Para Coelho (2006) o direito brasileiro adotou o sistema do droit d'auteur, sem que se perceba influência do copyright nas legislações brasileiras, pela qual desde as suas primeiras criações legislativas optou por reconhecer no autor a sua titularidade de direitos para a criação intelectual.

Tal afirmação é comprovada quando se observa a legislação autoral brasileira, na lei 9.610 de 1998, a qual começa em seu artigo primeiro abordando o seu alcance que é os direitos autorais, entendendo-se esses como os direitos de autor e os que lhe são conexos. Ao se tratar do aspecto da legislação do Direito Autoral no Brasil, Antônio Chaves opta por dividir a história do direito autoral no Brasil em três fases: de 1827 a 1916, de 1916 a 1973, e de 1973 até os dias atuais. A divisão feita pelo autor, tem por base as normas que se tornaram marcos para a legislação autoral no Brasil. Em 1827, houve a publicação do primeiro diploma legal a se referir a direito de autor; em 1916 houve a promulgação do Código Civil e, por fim, em 1973 foi publicada a antiga Lei de direitos autorais.

Não obstante, o software que é regulamentado na Lei nº 9.609/1998 dispõe no seu art.1º que "o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei. (BRASIL, 1998)

O Direito do Autor quanto os direitos conexos, que se referem aos direitos dos intérpretes, das organizações de radiofusão e dos produtores fonográficos o que discorre com o conceito de propriedade intelectual que para Maria Helena Diniz

> Propriedade intelectual. Direito autoral e direito de propriedade industrial. É a resultante de um direito imaterial decorrente de trabalho intelectual como o de o autor utilizar suas obras literárias, artísticas e científicas, patentes de inovações, marcas, etc. Trata-se da propriedade imaterial. (DINIZ, 2005)

Em relação ao alcance do direito patrimonial, sabe-se que "o direito patrimonial do autor compreende essencialmente três tipos de direitos, ou faculdades: de reprodução, de distribuição de comunicação ao público [...]" (ASCENSÃO, 1999). Por isso, as nuances do direito patrimonial de autor, como era enxergado, passou por mudanças e, assim, goza de uma nova visualização.

Desse modo, o Direito de Autor busca estudar acerca da proteção de obras intelectuais, tais como técnicas, literárias, jurídicas, musicais, fotográficas, audiovisuais, cenográficas, coreográficas, de arquitetura e de engenharia, de artes visuais, dentre outros.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: APORTE AO DIREITO DE AUTOR E OS DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

A constitucionalização do direito privado buscou a fixação de parâmetros fundamentais interpretativos do Código Civil que rompem com uma visão patrimonialista que era dominante. Nesse sentido, Farias e Rosenvald aponta que

> Ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art.3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), além da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos (art.3º, III e IV) a Lex Fundamentalis de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinido os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana." (FARIAS; ROSENVALD, p.12-13, 2008)

É por essa razão que o direito civil-constitucional busca uma visão não separada do sistema, mas una. E quanto ao aspecto constitucional, percebe-se que na história da Carta Magna brasileira, o direito de autor foi preocupação frente ao poder constituinte originário que como afirma Coelho (2006) com exceção apenas das Cartas de 1824, do Império, e de 1937, da ditadura de Getúlio Vargas, pode-se afirmar que as constituições brasileiras abrangiam a análise do direito de autor.

Na teoria constitucional, por sua vez, percebe-se uma classificação dos direitos fundamentais em dimensões, no qual são divididos em quatro dimensões principais.

A primeira dimensão, conforme pontua Bonavides (1997), são aqueles que possuem por titulares o indivíduo, com oponibilidade ao Estado, isto é, apresenta resistência ou oposição perante o poderio estatal. A segunda dimensão, que tem por fato histórico a Revolução Industrial, a partir do século XIX, na qual se marcam a positivação dos direitos sociais, culturais e econômicos, em outros termos, correspondem aos direitos de igualdade. (LENZA, 2019).

A terceira dimensão, de outro lado, possuem direitos que "vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade." (LENZA, 2019, p.1158). A quarta dimensão para Bonavides (*apud* LENZA, 2019, p. 1158) decorrem dos aspectos globalizantes dos direitos fundamentais, isto é, universalizá-los com caráter institucionalizado.

Diante de tais classificações, Raminelli e De Oliveira (2014) compreendem que a sociedade atual percebe de modo claro a indispensabilidade dos direitos de terceira dimensão, uma vez que as novas tecnologias são meios que aparecem hoje como novas necessidades, colocando o direito a informação como um direito essencial para a busca de uma sociedade participativa e democrática.

Embora o direito à informação seja importante linha de debate, a abordagem do presente trabalho restringir-se ao compartilhamento de software e o como esse compartilhamento pode servir para promover dois direitos sociais fundamentais garantidos na Constituição Federal, quais sejam, educação e cultura.

Os direitos sociais são desdobramentos de um Estado Social de Direito, percebido com as dimensões de direitos fundamentais ao longo da

história, sendo, portanto, melhor identificado com os direitos de segunda dimensão, pois visam um espectro de prestações a serem implementadas pelo Estado. Segundo José Afonso da Silva (*apud* LENZA, 2019, p.1320) os direitos sociais "disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto."

Em primeiro plano, tem-se que tanto o direito à educação quanto o direito à cultura estão elencados no art. 6º, caput da CF/88 e, por isso, garantem seu aspecto fundamental. Para Tavares (2012), o direito a educação possui duas facetas, a primeira, diz respeito ao direito de igual acesso à educação, que deverá ser concedido a toda parcela da população em todos os níveis, porém, especialmente, para os mais basilares. A outra face, diz respeito as capacidades de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser ofertadas de forma regular e organizada.

Ainda, é necessário destacar que os arts 210 e 214 da CF/88, trazem preocupações e ações a serem tomadas para garantir a fruição do direito social supracitado. Primeiro, porque àquele artigo, propõe a fixação de conteúdos mínimos que perpassam por toda uma lógica autoral. Ao passo que, no art. 214, da Carta Magna, visa o estabelecimento de um plano nacional por meio de ações integradas que buscarão, de acordo com os incisos do mesmo artigo, dentre outros objetivos, a melhoria da qualidade de ensino, que também perpassam pelas questões autorais, sobretudo, as de software.

De outro lado, no art. 206, da Carta Política, percebe-se que um dos princípios elencados nos também transcorrem pela questão de direitos autorais e de software, sobretudo, porque as liberdades de que envolvem o aprendizado, pesquisa e divulgação de pensamento, arte e saber, precisam dos meios necessários, pois estamos em uma sociedade da informação. Caso contrário, estaríamos mitigando o acesso a tais liberdades em detrimento de um interesse individual.

4 ENTRE O INTERESSE INDIVIDUAL E O INTERESSE COLETIVO: COMPARTILHAMENTO DE SOFTWARE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Esse tópico visa discutir, brevemente, se há possibilidade da perda do direito de autor, no sentido do compartilhamento e o surgimento do software livre como meio de efetivar a fruição de direitos fundamentais.

4.1 Nuances do direito de autor, alcances limites e interesse público

De acordo com os ensinamentos de Oliveira (1998, p.60), a conceituação do direito autoral é vista como propriedade imaterial, ou seja, incluía-o no ramo do direito das coisas. Todavia, com o Código Civil de 2002, o direito autoral rompe com essa noção e não se encontra mais no título do Direito das Coisas, em razão do seu aspecto evolutivo.

Nesse contexto, o autor supracitado faz menção a Trabucchi, que traz uma noção de temporalidade que é inerente ao direito de autor. Em primeiro plano, observa-se a importância que a obra tem para a coletividade, isto é, passado certo tempo às pessoas poderia, então, gozar do que foi produzido. Em segundo plano, diz respeito a criação científica que possuem elementos estranhos à personalidade do autor. Portanto, percebe-se que a temporalidade precisa, de certa forma, atender o interesse público.

Quanto a titularidade de obras autorais, esta pode ser tanto originária quanto derivada. Ao se tratar de titularidade originária, deve-se compreender que o autor é aquele que cria, ou seja, é uma pessoa física bem como estabelece o art. 11 da Lei nº 9.610/1998 dispondo que "autor é a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica." (BRASIL, 1998). Sob essa ótica que Bittar (1997, p.811) afirma que

> De nossa parte, parece-nos irrefutável essa orientação: se se construiu todo um sistema para a proteção dos autores, o qual repousa na criação da obra – e só esse fato pode definir a sua paternidade -, não justifica se possa originariamente conferir o direito a quem dela não tenha participado.

Em outros termos, o que distingue uma titularidade originária de uma titularidade derivada é que, na titularidade originária, há uma soma entre os aspectos patrimoniais e os aspectos morais do autor, que são inalienáveis e não podem ser transferidos, salvo por sucessão hereditária. Ao passo que a titularidade derivada, há a ausência dos aspectos morais do direito de autor, resguardando, portanto, apenas os aspectos patrimoniais, estes que podem ser transmissíveis e alienados.

4.2 Críticas ao software proprietário e, surgimento das políticas públicas de software livre

Software proprietário é conhecido por ser aquele em que possui sua licença vinculada com os direitos exclusivos para quem o produziu, o uso, redistribuição e modificação é estritamente proibido a não ser que haja permissão. (WIKIPÉDIA, 2019)

Destarte, as políticas públicas de software livre, estas que são entendidas como uma seleção necessária de ações propostas por um governo para amenizar problemas sociais e reserva de recursos públicos apontam como uma possível saída para a fruição dos direitos fundamentais relacionados a cultura e educação.

O surgimento das políticas de criação e utilização de software livre tinham como motivos: altos custos para o desenvolvimento de programas de computador para atender as necessidades do setor público; ausência de circulação de informações e armazenamentos de dados do governo; baixo compartilhamento de conhecimento tecnológico. (BRANCO, 2004; FALCÃO, 2005)

Em primeiro plano, o programa de computador no direito brasileiro pode ser visualizado na legislação, qual seja:

> a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. (BRASIL, 1998, art. 1º)

Nesse sentido, percebe-se que o simples compartilhamento de um software não retira a peculiaridade do direito de autor, isto é, a sua titularidade originária. Uma vez que ao compartilhá-lo não estará transferindo sua titularidade para outrem. É possível que seja dito que há violação ao direito de autor por compartilhamento não autorizado, mas não, necessariamente uma perda de direito, pois ele não foi perdido e, sim violado. Em outros termos, viola-se a produção exteriorizada, mas não a ideia da produção.

Estaríamos, portanto, advogando a favor do compartilhamento irrestrito de software? Não, o que se aponta aqui é o ato de compartilhamento não se traduz na imediata perda do direito de autor, pois, não se deve falar em perda, mas violação. Nem tudo que se viola é perdido, mas tudo que é perdido é violado. São conceituações distintas e, que merecem visualizações distintas.

Por outro lado, a crítica que se faz é ao monopólio que grandes empresas se utilizam dos softwares protegidos, cerceando, portanto, a livre concorrência. Em outros termos, a ausência de políticas públicas que promovam diversos meios de inovar e expandir as tecnológicas tanto de informação quanto de comunicação tem efeitos drásticos sob o âmbito de alcance dos direitos fundamentais aqui defendidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das mudanças que foram realizadas na natureza jurídica do direito de autor ao longo do tempo, percebemos que este ramo do direito é um dos que comportam maiores modificações em um curto espaço de tempo. Isso porque uma das características da tecnologia é se aperfeiçoar constantemente.

Ainda, ao longo do histórico de consolidação dos direitos de autor, verificou-se também que estes se relacionam intrinsecamente com os direitos à educação e a cultura, uma vez que os softwares livres podem, de certa forma, contribuir para a expansão do conhecimento e da pesquisa científica. Em se tratando de compartilhamento de software, tem-se que o simples compartilhamento não retira a autoria, apenas violações.

Resta, portanto, a expectativa de que o mundo jurídico discuta na mesma velocidade, ou pelo menos, em velocidade aproximada, acerca do direito de autor.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL: Brasil ocupa o 9º lugar nos investimentos em Tecnologia da Informação. São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-08/brasil-ocupa-o-9o-lugar-nos-investimentos-em-tecnologia-da-informacao. Acesso em: 06 out. 2019

ASCENSÃO, José de Oliveira**. Direito de autor sem autor e sem obra. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. Ars iudicandi:** : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 87-108. Volume II: Direito Privado.

BITTAR, C. A. **Direito de autor**. São Paulo: Forense Universitária, 2008

BONAVIDES, Paulo**. Curso de direito constitucional**. 7.ed. ver., atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, M. D. **Software livre na administração pública brasileira**. 21/09/2004, versão digital. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Brasilia, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9609.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, Atualiza e Consolida A Legislação Sobre Direitos Autorais e Dá Outras Providências**. Brasilia, DF,Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm Acesso em: 06 out. 2019.

BRITTO, Jorge; STALLIVIERI, Fabio. **Inovação, cooperação e aprendizado no setor de software no Brasil: análise exploratória baseada no conceito de Arranjos Produtivos Locais (APLs).** 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182010000200005. Acesso em: 05 out. 2019

CHAVES, Antônio. **Direito de autor.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2006, v.4.

DINIZ, Maria Helena**. Dicionário jurídico**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.3, p.976

FALCAO, J. **Estudo sobre o software livre**. Comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: FGVRJ, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. v.6

FERRAZ JÚNIOR, T. S**. A erosão dos direitos subjetivos por força do desenvolvimento técnico (patentes, direito de autor**). In: Luiz Olavo Baptista; Tercio Sampaio Ferraz Junior. (Org.). Novos Caminhos do Direito no Século XXI - Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais - Uma Homenagem a Celso Lafer. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, v. 1, p. 415-436.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. **Propriedade industrial: direito de autor e marca registrada.** Consluex, v.2, n.24, p.60-61, dez.1998

PERALTA, Patrícia Pereira; SILVA, Elizabeth Ferreira da; TERUYA, Dirceu Yoshikazu. **Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral**. Perspectivas em Ciência da Informação, Belo Horizonte, p.116-130, jun./jul. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/pci/v16n3/07.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

RAMINELLI, Francieli Puntel; DE OLIVEIRA, Rafael Santos. **O Direito ao Acesso à Informação na Construção da Democracia Participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,** Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 159-182, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p159. Acesso em: 05 out. 2019.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.13

SOFTWARE PROPRIETÁRIO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Software_propriet%C3%A1rio&oldid=56338339. Acesso em: 26 set. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSTITUCIONALISMO VERSUS PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE NORMAS QUE DEFINEM POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jacqueline Taís Menezes Paez Cury
Ubirajara Coelho Neto

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar primeiramente as colunas mestras que sustentam a Teoria dos direitos Fundamentais de Robert Alexy e a partir daí fazer uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para responder ao seguinte questionamento: o entendimento do STF na aplicação de políticas públicas está em consonância com as sub-regras da máxima da proporcionalidade?

Para responder esse questionamento, serão analisadas duas decisões do STF que versam sobre normas que definem políticas públicas, são elas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 4.874 (caso do tabagismo) e a ADI nº 907 (caso do empacotamento). Este trabalho, está embasado na revisão bibliográfica, na CF/88 e legislações infraconstitucionais e os métodos de pesquisa utilizados são: o qualitativo e o estudo de caso.

2 CONSTITUCIONALISMO, DIREITO ADMINISTRATIVO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A constitucionalização do ordenamento jurídico obriga a interpretação de todo direito à luz da Constituição, porém a solução dos problemas constitucionais nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo (BARROSO, 2005). Portanto, a simples aplicação da subsunção, ou seja o enquadramento da norma jurídica ao fato não é suficiente para dirimir todos os casos concretos apresentados ao poder judiciário.

Em muitos casos concretos quando existirem, por exemplo, princípios, ponderação de normas, bens ou valores e até mesmo colisões de normas constitucionais, tanto de princípios como de direitos fundamentais, a única alternativa é a hermenêutica da Constituição pelo operador do Direito.

Vale ressaltar que, a maioria das constituições contém hoje catálogos de direitos fundamentais escritos, mas as regras usuais de interpretação desses direitos batem rapidamente em limites e um fundamento essencial para isso é a colisão dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008). De acordo com Robert Alexy (2008) não há outro caminho para solucionar uma colisão de princípios, além da ponderação.

No ordenamento constitucionalizado, os diversos campos do Direito devem encaixar-se à realidade constitucional (OLIVEIRA, 2009), com o Direito Administrativo não é diferente, e portanto existe a necessidade de reformulação de alguns paradigmas à luz do Estado Democrático de Direito.

Atento a esse fato, Luís Roberto Barroso (2005) explana algumas mudanças ocorridas no Direito Administrativo, dentre elas a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais. A positivação dos direitos fundamentais que regem todos os poderes do Estado, constitui uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais (ALEXY, 2008).

Nesse contexto de Constitucionalização do direito e de normatividade dos princípios, o Judiciário vem exercendo na prática e como intérprete final do ordenamento jurídico, o papel de protagonista na concretização das normas constitucionais, em razão da margem de liberdade deixada

pela elasticidade das normas principiológicas para o aplicador do Direito (OLIVEIRA, 2009).

É a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais que "os princípios passam a ser categorizados como espécies de normas, e não como mandamentos nucleares propostos ou sistematizados pela dogmática" (CARDOSO, 2011, p. 194).

Para compreender a Teoria dos Princípios de Alexy, é imprescindível o estudo das "colunas mestras" que são responsáveis pela manutenção da sua estrutura, são elas: a distinção entre regras e princípios, a ponderação e a regra da proporcionalidade.

a) A distinção entre Regras e Princípios

A base do argumento dos princípios esta constituída pela distinção entre regras e princípios, adotadas para sopesar a estrutura das normas de direitos fundamentais, pois sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições de direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008).

De acordo com ÁVILA (2011), a apreciação que se faz quando há colisão entre dois princípios com base numa relação de meio e fim é diferente do que se faz quando ocorre uma incompatibilidade entre uma regra geral e um caso excepcional, esta incompatibilidade é denominada por Alexy como conflito entre regras.

A distinção entre regras e princípios, torna-se evidente quando a atenção é dirigida para o conflito entre regras (solucionado na dimensão da validade) e para a colisão entre princípios (resolvida na dimensão do peso). Em Dworkin, as regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção (ALEXY, 2008).

As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, em outras palavras, uma regra é aplicável a um caso se as suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária (ALEXY, 2008; ÁVILA, 2011).

Desse modo, as regras são postas como razões definitivas para um juízo concreto de dever ser e se uma regra está em vigor, é determinante

que se faça exatamente o que ela exige nem mais e nem menos (ALEXY, 1998; CARDOSO, 2010).

Segundo Alexy, as regras são normas aplicadas por meio da subsunção e podem ser chamadas de mandamentos definitivos, já que ordenam uma consequência jurídica definitiva, ou seja, quando se cumpre determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente. (ALEXY, 2004).

Rivero (2004) traz um exemplo interessante quando relata que a ação de um motorista que colide com outro veículo está limitado a diversos fatos até que o jurista encaixe-a na infração delitual, esse encaixe integral do caso concreto à norma legal em abstrato, é justamente a subsunção.

Todavia, quando ocorrer o conflito de regras, o aplicador se valerá das clássicas regras de solução do conflito aparente de normas – critério hierárquicos, cronológicos e de especialidade (CARDOSO, 2010).

Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* , ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008).

Sendo assim, toda norma ou é uma regra ou é um princípio, ademais, as regras precedem *prima facie* ao nível dos princípios e o seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios (ALEXY, 2008).

Contudo, existem diferentes graus de cumprimento: se for exigida a maior medida possível de cumprimento em relação as possiblidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio e se apenas se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra.

b) Ponderação de Valores

A ponderação de valores é o meio recomendado por Alexy para desfazer o problema da colisão entre dois princípios, empregando-se o princípio que é moralmente mais adequado para a resolução do caso concreto. A ponderação "trata de identificar o que é correto para a Constituição, servindo-se de um discurso – mais precisamente de um procedimento – racional que possibilite um ponto de vista uniforme – o ponto de vista da Constituição (ALEXY, 2008).

Nesse sentido, assevera Rafael Oliveira Carvalho (2009) que os princípios constitucionais são aplicados diferentemente das regras, pois a aplicação positivista das regras jurídicas que ocorre através de um processo de subsunção não é adequada à nova estrutura principiológica das atuais Constituições, pois em razão da existência de princípios constitucionais, surge a necessidade de utilização do instrumento da ponderação na solução de conflitos entre esses princípios.

A solução da colisão dos direitos fundamentais contempla que todas as colisões somente podem ser superadas se se impõem a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão restrições ou sacrifícios, não se trata de lesão (ALEXY, 1998).

Portanto, quando há colisão entre dois princípios, será realizado um sopesamento entre estes a fim de encontrar uma solução, tendo em vista que princípios e ponderações são duas faces da mesma moeda, enquanto o princípio remete ao aspecto normativo, a ponderação consiste no aspecto metodológico.

Desse modo, um valor decisório será dado ao princípio que tenha um peso relativamente maior, sem que por ele fique invalidado o princípio com o peso relativamente menor (ALEXY, 1998).

Nesse contexto, Alexy apresenta uma regra de colisão, primordial para a compreensão da Teoria dos Princípios, nomeada Lei da Colisão, conhecida como a Metáfora do Peso e chamada por Cardoso Relação de Precedência Condicionada, é assim formulada:

Ao fazer uma comparação entre o *Livro Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2008) e a *IV Jornada Internacional de Lógica e informática Jurídicas* (ALEXY, 1998), verifica-se que o princípio que tem precedência equivale ao princípio prevalente, ou seja, o que possui relativamente maior peso. Assim sendo, entende o autor que as condições sob as quais um princípio prevalece, ou seja, tem precedência, sobre o outro, formam um suporte fático de uma regra que determina a consequência jurídica do princípio *prevalente*: isto é que tem precedência.

Logo, a *Lei da Colisão* explica como ocorre a prevalência (precedência) de um princípio em relação ao outro, a questão decisiva é sob quais condições qual princípio tem precedência e qual princípio deve ceder (ALEXY, 2008).

Cabe destacar que os princípios são mandamentos de otimização que ordenam a realização máxima possível em relação as possibilidades fáticas

e jurídicas (ALEXY, 1998). As possibilidades fáticas referem-se a adequação e a necessidade (trazidas por Silva como sub-regras da regra da proporcionalidade), por conseguinte, as possibilidades jurídicas remetem, a proporcionalidade em sentido estrito (evidenciada por Silva como a terceira sub-regra da regra da proporcionalidade).

Ao abordar a *Lei da Colisão*, Alexy (2008) relata o termo princípio da proporcionalidade, mais adiante explica que a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada princípio da proporcionalidade e nesse caso, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. Além disso, esclarece que as três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) devem ser consideradas como regra, pois o importante é saber se elas foram satisfeitas ou não e a sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade (ALEXY, 2008).

Ressalta-se que existem dois tipos de leis de ponderação: a primeira é chamada *Lei da Ponderação Material* e a segunda é denominada *Lei da Ponderação Epistêmica*. Verifiquemos:

A *Lei da Ponderação Material* é expressa desta maneira na Teoria dos Direitos Fundamentais: "Quanto maior o grau de *não-satisfação* (descumprimento) ou *afetação* de um princípio, maior a importância da *satisfação (cumprimento)* do outro (ALEXY, 2008, grifo nosso).

É importante mencionar que Alexy (1998) relata a Lei da Ponderação Material de diversas maneiras, são elas: Lei da Ponderação ou Lei do Sopesamento, ou ainda Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, Silva (2002), afirma que é equivocada a adoção da terminologia princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois a considera apenas como uma das três sub-regras (sub-exames) da regra da proporcionalidade.

A *Lei da Ponderação Material* pode ser dividida em três passos: No primeiro é avaliado o *grau de não-satisfação* (intensidade de intervenção) *ou afetação de um dos princípios*. Depois, em um segundo passo, avalia-se a *importância da satisfação do princípio colidente*. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a *importância da satisfação do princípio colidente* justifica a afetação ou a não-afetação do outro princípio.

Alexy (2005) exemplifica a *Lei da Ponderação Material* com a decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o "caso Titanic", pelo qual a revista de humor, Titanic, que chamou de aleijado, um soldado portador

de necessidades especiais que era paraplégico. O Tribunal Constitucional julgou que a conduta representava uma humilhação e uma falta de respeito que atingia a sua dignidade de maneira extraordinariamente grave.

A *Lei da Ponderação Epistêmica* preleciona a seguinte formulação: quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção (ALEXY, 2008).

Um exemplo desta regra, é o caso da maconha relatado por Alexy (2008), cujo Tribunal Constitucional alemão julgou constitucional a proibição da fabricação, produção e comercialização de derivados da maconha, a resposta do Tribunal Constitucional baseou-se na tese de que não há conhecimento científico que se posicione contra ou a favor, Assim sendo, a decisão do legislador pela criminalização teria que ser aceita (ALEXY, 2008).

Desta forma, saber se e em que extensão são justificáveis essas discricionariedades para fazer estimativas é algo que diz respeito não às discricionariedades estruturais, mas às epistêmicas e estas possuem papel importante no exame da adequação e necessidade (ALEXY, 2008).

c) A Regra da Proporcionalidade

Alexy não é o criador da regra da proporcionalidade e sim o Tribunal Constitucional alemão que a desenvolveu a partir do julgamento do caso Lüth, pelo qual foram estabelecidos seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

De acordo com Humberto Ávila (2011), a regra da proporcionalidade aplica-se apenas à situações em que há uma vinculação de causalidade entre dois elementos um meio e um fim, devendo-se realizar três exames: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desta forma, no entender de ÁVILA, assim como é o entendimento de Robert Alexy, um meio é adequado quando promove o fim, é necessário se não há meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais e é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008; ÁVILA, 2011).

Nessa direção, Luís Virgílio Afonso da Silva (2002) leciona que a regra da proporcionalidade é composta por três sub-exames, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e para que se chegue a análise desta última é preciso que a medida seja adequada e necessária, pois estas sub-regras guardam uma relação de subsidiariedade entre si.

Ilustra Luís Virgílio Afonso da Silva que, a adequação é o meio para atingir ou pelo menos para fomentar o objetivo pretendido. Ele exemplifica através do *Caso da AIDS*, em que supõe hipoteticamente a existência de uma medida estatal que obriga toda a população ser submetida ao teste de HIV, bem como o encarceramento do todos os indivíduos que estiverem infectados. Ele considera que a medida passa pelo exame da adequação, pois atinge o objetivo de evitar a contaminação do restante da população (SILVA, 2002).

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 44) explica a sub-regra da necessidade a partir da seguinte premissa: "Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais M1 e M2 que são adequadas para esse fim, mas M1, restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2, exija que seja empregada a medida M2".

Então, ele continua a análise hipotética sobre o *caso da AIDS:* Em relação a necessidade, pode-se afirmar que a medida estatal de encarcerar os infectados com HIV, além de passar pelo exame da adequação, também passa pelo exame da necessidade, pois ao realizar a comparação desta possibilidade fática (medida concreta) com outra(s) medida(s), sem sombra de dúvidas evitaria a contaminação do restante da população como nenhuma outra medida conseguiria com a mesma eficácia (SILVA, 2002).

Por fim, Silva preleciona que a proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento, pelo qual busca-se atingir um grau ótimo de realização dos direitos fundamentais. A otimização de um direito fundamental vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é do resultado do sopesamento entre princípios colidentes.

Ao continuar a exemplificação sobre o *caso da AIDS,* Silva assegura que a medida estatal de encarcerar as pessoas contaminadas com HIV, apesar de passar pelos exames da necessidade e adequação, não passa pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito, pois, constata-se por

meio da ponderação (sopesamento) que a liberdade e a dignidade humana dessas pessoas são feridas em alto grau.

Conclui que não há como decidir que essa medida descabida de encarcerar os infectados com HIV seja considerada proporcional, ainda que possa implicar em um nível menor de proteção à saúde pública.

3 ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE NORMAS QUE DEFINEM POLÍTICAS PÚBLICAS NAS ADI'S Nº 4.874 E Nº 907 DO STF

a) STF, ADI nº 4.874 – DF, caso do tabagismo

O STF rejeitou o pedido da Confederação Nacional da Indústria que solicita a invalidação da resolução nº 14/2002 da ANVISA a qual proíbe a comercialização no Brasil de cigarros com sabor e aroma. No decorrer desta ação, discute-se a possibilidade de aditivos de aroma e sabor causarem risco a saúde ou servirem como meio de mascarar o odor e atribuírem sabor agradável ao tabaco, acarretando o aumento no consumo. Nesta ação, há dois contrapontos, de um lado direito à saúde da população e de outro as cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV e 170, caput, da CF/88) pela indústria do fumo.

O Ministro Ricardo Lewandowski, se posiciona a favor da proibição e fundamenta o seu voto com base no estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (Inca) em 2015 ao informar que o prejuízo do Governo para conter os danos causados pelo cigarro a saúde é bilionário e ao destacar que o gasto com problemas de saúde relacionados aos efeitos negativos causados pelo tabagismo chega a ser maior do que a arrecadação de impostos proveniente da comercialização de cigarros.

Já o Ministro Luiz Fux alega que a resolução ofende a proporcionalidade. Ele explica a teoria com excelência, mas se esquece de observar a regra da subsidiariedade entre as três sub-regras, se considera a restrição inadequada não poderia passar para a análise da necessidade.

Numa análise hipotética, nos moldes da regra da proporcionalidade, considera-se adequada, pois a resolução nº 14/2002 da ANVISA fomenta o objetivo de impedir a expansão do consumo do cigarro e de evitar danos à saúde dos fumantes.

Também considera-se necessária, pois em comparação com outra(s) medida(s) (possibilidades fáticas), não há outro meio menos restritivo que a supere, pois as campanhas de conscientização são onerosas e não surtem o mesmo efeito, prova disto é que mais de 250 mil pessoas morrem por ano por causas relacionadas ao cigarro. Ademais, se as advertências fossem tão eficientes a doença pulmonar obstrutiva crônica não seria a enfermidade relacionada ao tabagismo que gera mais gastos aos sistemas públicos e privados de saúde.

Por fim, compreende-se que é proporcional em sentido estrito, porque a intervenção na comercialização de cigarros contendo aroma e sabor agradável, através do poder de polícia da ANVISA, traz mais vantagens do que prejuízos, vez que o direito à saúde revelou um bem de maior prevalência quando sopesada com direito à livre iniciativa dos fabricantes de cigarros para inclusão de aroma e sabor agradável aos cigarros.

b) STF, ADI nº 907 – RJ, caso do empacotamento

O STF entendeu que a ANVISA possui competência normativa para editar atos normativos, com a finalidade de organizar e fiscalizar as atividades reguladas e julga pela manutenção da validade da resolução nº 14/2002.

A Confederação Nacional do Comércio ajuizou esta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade para que fosse declarada a invalidade da Lei Estadual nº 2.130/1993 do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia a obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. O STF decidiu pela procedência desta ação e declarou majoritariamente a inconstitucionalidade da lei supracitada.

A decisão proferida pelo STF, entende que a Lei Estadual nº 2.130/93, configura restrição ao princípio da livre iniciativa (art. 170, caput, da CF/88), a pretexto de proteger os consumidores e que não atende ao princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões: (I). adequação; (II) necessidade e (III) proporcionalidade em sentido estrito. (STF, ADI nº 907- RJ; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acordão: Min. Roberto Barroso; Julgamento: 01 ago. 2017).

No tocante a (I) adequação, concluíram os ministros que a ordem imposta pela supracitada "é inadequada, porque a simples presença do

empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes". (STF, ADI nº 907- RJ; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acordão: Min. Roberto Barroso; Julgamento: 01 ago. 2017).

Em relação a (II) necessidade, os ministros consideraram "a medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra, exclusivamente com essa finalidade, poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico". (STF, ADI nº 907-RJ; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acordão: Min. Roberto Barroso; Julgamento: 01 ago. 2017).

Quanto a (III) proporcionalidade em sentido estrito, o plenário argumentou que "as sanções impostas no art. 3º Lei Estadual nº 2.130/93 pelos quais os estabelecimentos, citados, terão prazo de 30 (trinta dias), a contar da data da publicação da presente Lei, para adequarem seus quadros de pessoal às normas aqui contidas", além de multa de 100 UFPE's, revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que revelam a desproporcionalidade, uma vez que são capazes de acarretar a falência dos supermercados de pequeno ou médio porte". (STF, ADI nº 907- RJ; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acordão: Min. Roberto Barroso).

Numa apreciação hipotética, sob a ótica da regra da proporcionalidade, a supracitada medida que obriga a contratação nos supermercados, passa pelo sub-exame da adequação (idoneidade), pois atinge a finalidade de proteger o direito do consumidor de ter as suas mercadorias embaladas, passa pelo sub-exame da necessidade, pois ao realizar a comparação desta medida possibilidade fática) com outra(s) medida(s), auxiliaria os clientes como nenhuma outra medida alcançaria com a mesma eficácia.

Embora a medida tenha passado pelos sub-exames da necessidade e adequação, a mesma não passa pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito, porque verifica-se por meio da ponderação (sopesamento) que houve uma contundente intervenção do Estado na livre iniciativa econômica ao estabelecer multa pelo descumprimento da medida em prol da proteção do direito do consumidor.

Diante de um conflito entre o princípio da proteção dos consumidores e a livre iniciativa (art. 1º, IV da CF/88 e art. 170, caput e parágrafo único da CF/88), ressalta-se que devem ser criadas apenas as medidas que

possam ser harmonizadas com outras necessárias à promoção de outros fins, porque o princípio da proteção dos consumidores não tem pretensão monopolista, no sentido prescrever todas e quaisquer medidas de proteção aos consumidores (ALEXY, 2015). Portanto, a medida do Estado que fixa como obrigação a prestação do serviço de empacotamento em supermercados viola a livre iniciativa, fixada na Carta Magna (art. 1º, IV e art. 170, caput e parágrafo único) como um dos fundamentos da República Federativa no Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que nem sempre a simples aplicação da subsunção será suficiente para dirimir todos os casos concretos apresentados ao poder judiciário. Em muitos casos concretos quando existirem, por exemplo, princípios, ponderação de normas, bens ou valores e até mesmo colisões de normas constitucionais, tanto de princípios como de direitos fundamentais, a única alternativa é a hermenêutica da Constituição pelo operador do Direito.

Entretanto, as regras usuais de interpretação dos direitos fundamentais colidem em limites e o sopesamento desses direitos fundamentais apresenta-se como um procedimento metodológico capaz de solucionar a colisão de princípios. A Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy apresenta algumas formulações que servem como forma de ordenar (encaminhar) o pensamento para resolver esse problema da colisão de princípios, através da dimensão do peso.

Salienta-se que a Regra da Proporcionalidade não foi criada por Alexy e sim pelo o Tribunal Constitucional alemão que a desenvolveu a partir do julgamento do caso Lüth, pelo qual foram estabelecidos seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

O enfoque de Alexy é no controle de legalidade e de constitucionalidade dos atos legislativos, cuja decisão encontra-se dentro da linha dos argumentos e para isso o doutrinador alemão, propõe três colunas mestras para a compreensão desta teoria: a distinção entre regras e princípios, a ponderação e a máxima da proporcionalidade ou regra da proporcionalidade.

A distinção entre regras e princípios, torna-se evidente quando a atenção é dirigida para o conflito entre regras (solucionado na dimensão da validade, ou seja, subsunção) e para a colisão entre princípios (resolvida na dimensão do peso, isto é, ponderação). Enquanto as regras são mandamentos definitivos, os princípios são mandamentos de otimização. Já a ponderação de valores é o meio recomendado por Alexy para desfazer o problema da colisão entre dois princípios, empregando-se o princípio que é moralmente mais adequado para a resolução do caso concreto.

A regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, compreende-se por não ser apenas o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentado. A necessidade, consiste na comparação com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos.

A proporcionalidade em sentido estrito é o sopesamento (ponderação) entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Deve-se primeiramente determinar a intensidade da intervenção e em seguida conhecer a importância dos fundamentos justificadores da intervenção para finalmente efetuar a ponderação em sentido estrito.

No caso da ADI nº 4.874, apesar do Luiz Fux entender corretamente o significado de cada uma das três sub-regras da proporcionalidade, burlou o postulado da relação de subsidiariedade que estas sub-regras guardam entre si, se considera a restrição inadequada não poderia passar para a análise da necessidade.

No caso da ADI Nº 907, se a decisão nos termos do voto do Ministro Barroso chegou à conclusão de que a medida estabelecida pela Lei nº 2.130/1993 não atende a proporcionalidade em suas três dimensões, então a verificação da inadequação exclui a possibilidade de se questionar sobre a necessidade e consequentemente sobre a proporcionalidade em sentido estrito.

Por todo o exposto, conclui-se a partir da análise das duas ADI's que versam sobre a aplicação de políticas públicas, que alguns Ministros do STF fundamentam os seus votos na máxima da proporcionalidade, porém estão sendo omissos quanto a análise da regra da subsidiariedade entre as sub-regras. Portanto, sugere-se que seja realizado um esforço por partes

dos Ministros para que apliquem de forma apropriada a regra da proporcionalidade em consonância com a Teoria dos Direitos Fundamentais, caso aspirem utilizá-la novamente em suas decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais.** Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. **El Concepto y Validez del Derecho**. Tradução: Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Epílogo à la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

_____. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Practica**. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián, 1988.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Themis. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, 2005. Disponível em https://revistathemis.tjce.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. **STF, ADI n.º 907- RJ**; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acordão: Min. Roberto Barroso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1568949 . Acesso em: 11 de jun. 2019.

_____. **STF, ADI nº 4.874 – DF**; Relatora: Min. Rosa Weber; Julgamento: 01 de fev. 2018). Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586. Acesso em: 11 de jun. 2019.

_____. **Lei nº 9.784 de 1999.** Promulgada em 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019

_____. **Robert Alexy** . Theorie der Grundrechte, 1985. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação:** a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. 1. ed. 1º reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO NETO, Ubirajara; CARDOSO, Henrique Ribeiro ; JACINTHO, Jussara Maria Moreno . **Estado Constitucional e Partidos Políticos:** sistemas e crises. Revista Diké - Mestrado em Direito, v. 1, p. 209-246, 2011.

COELHO NETO, Ubirajara; SOUSA, J. L. **Teoria Constitucional**. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Constitucionalização do Direito e Independência Judicial. 1ed.Florianopolis: CONPEDI, 2016, v. , p. 77-92.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito Constitucional a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Lumen Juris, 2009.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. Tradução: José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13 edições, 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abril, 2002.

SILVA, Lucas Gonçalves da. **La Colisión de los Derechos Fundamentales y la Jurisprudencia del Tribunal Brasileño**. In: X Congresso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y II Congresso Nicaraguense de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, Managua. El Derecho del Trabajo y los Processos de Integración. Managua: UPOLI, 2006, p. 105.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA A COMPLETUDE DA CIDADANIA BRASILEIRA

Danielle Marques Domingues Boyer

INTRODUÇÃO

Apesar de contemplarmos importantes transformações no desenvolvimento das instituições democráticas, não se observa o desfrute do tripé dos direitos que dão sustento a cidadania brasileira, composto pelos direitos civis, políticos e sociais.

O presente artigo tem como escopo a abordagem histórico-evolutiva da cidadania em cada época ocidental, averiguar a reflexão do sociólogo *Thomas Humphrey Marshall* ao se referir sobre a cidadania na Inglaterra, bem como a comparação com a cidadania brasileira sobre a óptica do cientista político e historiador José Murilo de Carvalho.

Assim, configura-se a justificativa de haver um diálogo coerente quanto a acessibilidade desses direitos, em um país em que a incompletude da cidadania insiste em permanecer.

O artigo também tem como objetivo a análise de meios que viabilizem o exercício dos direitos civis e sociais no Brasil, como a valorização da educação como instrumento de conhecimento dos direitos, o fenômeno da judicialização dos direitos sociais e ações estatais através de políticas públicas. Tendo em vista a limitação dos recursos estatais, que ocasiona a constante violação desses direitos pelo Estado Brasileiro.

Além do referido estudo propiciar o exame do princípio da cláusula da reserva do possível, do direito ao mínimo existencial e a dignidade humana; averígua-se também, o limite que o Poder Judiciário poderia intervir na Administração Pública a fim de que todos tenham acesso a esses direitos e até que ponto se estaria usurpando esse poder e comprometendo o princípio da separação de poderes.

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida com os métodos de revisão bibliográfica, análise documental, estudo da legislação e exame da doutrina e jurisprudência.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIDADANIA

A cidadania deve ser observada como um processo histórico e que, em cada período reproduziu reflexões e práxis distintas.

Na Antiguidade, Aristóteles evidenciou a ideia de que o homem era um ser político por essência, e que prevalecia seu liame com a comunidade, estando posto à necessidade da relação social.

A cidadania era um ideal coletivo, e o cidadão deveria dedicar-se às demandas da vida na cidade, devendo cada cidadão se responsabilizar pela *Polis*. Porém, devido ao regime aristocrático dominante, somente quem era nascido em solo grego poderia ser considerado cidadão e assim usufruir dos direitos políticos.

Aristóteles chega a declarar que, devido os artesãos e os comerciantes não terem tempo para se dedicar às demandas da cidade, não seria justificável considerá-los como cidadãos.

Em Roma, cidadãos eram aqueles que gozavam de direitos e deveres e tinham participação dentro da cidade. Eram a minoria, pois eram excluídos da cidadania as mulheres, as crianças, os escravos e os estrangeiros.

No direito romano, durante a República, a cidadania era reconhecida desde o nascimento, com a condição de que o pai fosse romano, ainda que a mãe não fosse cidadã. Nesse período, somente a cidadania, permitia que o indivíduo possuísse direitos civis e políticos.

Após o declínio do Império Romano, o sentido de cidadania desapareceu totalmente. A participação política tornou-se um assunto suplementar, concedendo lugar a questões religiosas.

Na Idade Média, aspectos sociais, econômicos e culturais inviabilizaram a existência da cidadania. O rei era uma autoridade inquestionável pois o exercício do seu poder era legitimado por Deus, dessa forma havia a concretização de interesses de uma minoria. Além disso a hierarquia no mundo feudal e a ausência de igualdade também impossibilitavam a democracia e cidadania.

Somente após o século XV, com o início da Idade Moderna, é que fatores sociais apresentam desenvolvimento a cidadania. No Renascimento, ocorreu o advento do homem burguês e a valorização do individualismo, tais fatores fizeram com que a visão predominantemente teocêntrica, em que colocava Deus no centro das motivações culturais, fosse substituída pela visão antropocêntrica.

Ocorreram as Revoluções burguesas, nas quais as classes sociais intermediárias se uniram às classes sociais menos favorecidas em combate a classe social dominante, com o intuito de alcançarem o status de cidadão, com participação política e com garantias individuais. Surgiram, portanto, a Revolução Gloriosa em 1688, a Revolução Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789, tais movimentos sociais tiveram como influencia as concepções iluministas e deram ensejo as alterações do alcance da cidadania.

O Estado passa a ser visto como resultado da associação entre os indivíduos, através de um contrato social, onde eles abandonam o estado de natureza e fogem da barbárie. Dessa forma, o homem aceita abdicar sua liberdade para se submeter às leis do Estado. Assim, o Estado se responsabiliza em defender o indivíduo, objetivando o bem comum.

A cidadania na concepção contemporânea pode ser observada após a Segunda Guerra Mundial, quando surgiu a precípua função de lembrar ao mundo que nenhuma razão justifica o desrespeito aos seres humanos. Foi adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a qual tem, muitos, senão todos, os artigos ligados ao conceito de cidadania. Nota-se, assim, que no mundo moderno a cidadania está conectada à noção de direitos.

2. A CIDADANIA PARA MARSHALL

Thomas Humphrey *Marshall*, sociólogo britânico do início do *século* XX, foi o que melhor contribui para o desenvolvimento teórico de cidadania.

Define que o exercício da cidadania somente será alcançado quando houver observância aos direitos humanos em seus diferentes âmbitos.

Através da compreensão histórica da cidadania, separou-a em três níveis, traçando uma cronologia que inicia pela conquista dos direitos civis, depois os direitos políticos e, por fim, os diretos sociais.

Essas dimensões da cidadania têm sua base desenvolvida na realidade inglesa: Os direitos civis caracterizados pelos direitos fundamentais à vida, liberdade, propriedade e igualdade, os quais tiveram enorme contribuição de *Locke*; os direitos políticos representando a participação de uma parcela da população na vida política do Estado através do exercício do voto; e os direitos sociais como direito a educação pública, ao trabalho, a um salário justo, a saúde, todos frutos das reivindicações de movimentos e partidos objetivando melhorias nas condições de vida.

3. JOSE MURILO DE CARVALHO E THOMAS MARSHALL

Com base nos fundamentos de Marshall sobre a conquista dos direitos na Inglaterra, José Murilo de Carvalho, observa que os ingleses introduziram primeiro os direitos civis no século XVIII, somente depois de seu esgotamento, vieram os direitos políticos, e após cem anos apareceram os direitos sociais, formando assim uma pirâmide da cidadania inglesa. Sendo notório que a efetividade desses direitos não se trata de um viés cronológico, mas sim do fato de que o tripé da cidadania foi conquistado pelo povo, diferentemente do ocorrido no Brasil pois tais direitos nos foram doados segundo os interesses dos governantes.

Na Inglaterra, a inserção de um direito era vinculada ao completo exercício de outro, portanto o exercício dos direitos civis fez com que o povo inglês requeresse os direitos políticos e depois os sociais. Já no Brasil observa-se, segundo o autor, que não houve esse atrelamento entre as três dimensões.

4. A PIRÂMIDE INVERTIDA BRASILEIRA

Segundo Murilo de Carvalho, no Brasil, a pirâmide da cidadania tida por *Marshall* se encontra invertida. Pois primeiramente foram implantados

os direitos sociais durante o governo Vargas, desenvolvidos de forma tardia, devido o período histórico do Brasil-colônia. Ademais, vale salientar que esses direitos não são provenientes de lutas políticas de movimentos sociais, e essa "doação dos direitos sociais" fazia com que fossem percebidos como um favor, o que ocasionava dependência da população perante os líderes.

Depois, apareceram os direitos políticos, havendo maior ampliação do direito ao voto na segunda metade de 1940, pelo General Eurico Gaspar Dutra.

Atualmente apesar de haver a plenitude dos direitos políticos, permanece a percepção de que cidadania é um sonho irrealizado.

Quanto aos direitos civis, averígua-se que muitos, até os dias de hoje, continuam inacessíveis à maioria da população. Muitos brasileiros sequer sabem que são seus possuidores. Como desfrutar de direitos que não se têm consciência de que os possui?

Segundo Carvalho, em sua obra "Brasileiro, cidadão?", observa-se que estereótipos e patamares sociais se sobrepõem às previsões constitucionais que garantem igualdade a todos perante a lei. Sendo comumente implantadas frases cotidianas como "você sabe com quem está falando?" e "quem você pensa que é?" ou ainda "eu pago imposto e faço o que bem entender, onde bem entender."

Verifica-se ainda, em sua obra, a veemente concepção de liberdade pré-cívica do brasileiro, liberdade esta incompatível com a vida civilizada e democrática, a não compreensão de que o seu direito termina quando começa o direito do outro, não se observando, muitas das vezes, o exercício do respeito a alteridade. Conforme explana José Murilo:

> Um cidadão jogava bola em plena calçada de uma rua movimentada da Zona Sul do Rio de Janeiro. A repórter perguntou-lhe se não julgava tal prática perigosa, pois a bola poderia atingir algum carrinho de bebê e machucar a criança, ou quebrar os óculos de uma pessoa. A resposta veio rápida e convicta: Eu pago imposto e faço o que bem entender, onde bem entender. Aparentemente, há aí afirmação de liberdade individual, de independência. Até certo ponto, é verdadeira a observação. Este cidadão não é o mesmo que aquele que é vítima da tradição escravista, submetido

> ao arbítrio ou ao paternalismo do governo ou de particulares. Ele tem, sem dúvida, um forte senso de independência pessoal. Mas que liberdade é essa? Eu diria que é exatamente o reverso da medalha, da falta de consciência de direitos presente no primeiro caso. Um conhecido sociólogo brasileiro, Oliveira Viana, fez uma observação que me parece perfeita para descrever a situação. O brasileiro, disse ele, diferentemente de povos com maior consciência cívica, tem o senso da independência individual, mas não tem o senso da liberdade. O que ele queria dizer com isso é que o senso da liberdade cívica exige como contrapartida o senso da liberdade do outro. O meu direito, na famosa frase, termina onde começa o direito de meu semelhante. A concepção de liberdade de nosso jogador de calçada é pré-cívica, é incompatível com a convivência civilizada, com a vida democrática. Passa-se, então, de uma situação de dependência para outra de independência selvagem, de puro individualismo.

O agente sem consciência de seus direitos civis é alvo fácil para manipulação de grupos políticos e econômicos, além de não conseguir exercer plenamente sua participação política ou reivindicar seus direitos sociais a fim de melhorar a qualidade de vida da comunidade. Assim, o presente artigo tem como objetivo avaliar os possíveis meios e entraves para a efetividade dos direitos civis e sociais pela sociedade, que analisaremos a seguir.

5. EDUCAÇÃO COMO PONTE À CIDADANIA

A educação é um direito social, porém, historicamente, tem sido considerado um pré-requisito para a ampliação dos demais direitos.

A educação é, portanto, "um direito social fundante da cidadania e o primeiro na ordem das citações" (CURY, 2002). Ou seja, sem educação não haverá cidadania.

Na Inglaterra e nos demais países em que a cidadania se desenvolveu mais rapidamente, a introdução da educação fez com que a população obtivesse o conhecimento de seus direitos, e assim se organizasse para lutar por eles.

Segundo Saviani, a educação não institui a cidadania, mas é um instrumento para a formação da humanidade no homem. Humanidade esta,

que proporcionará circunstâncias para o avanço de uma sociedade mais igualitária, como elucida o autor:

> Assim, a educação é entendida como instrumento, como um meio, como uma via através da qual o homem se torna plenamente homem apropriando-se da cultura, isto é, a produção humana historicamente acumulada. Nesses termos, a educação fará a mediação entre o homem e a ética permitindo ao homem assumir consciência da dimensão ética de sua existência com todas as implicações desse fato para a sua vida em sociedade. Fará, também, a mediação entre o homem e a cidadania, permitindo-lhe adquirir consciência de seus direitos e deveres diante dos outros e de toda a sociedade. Em outros termos, pela mediação da educação, será possível construir uma cidadania ética e, igualmente uma ética cidadã. (SAVIANI, 2013, p. 1).

A ausência de uma população educada tem sido um dos principais impedimentos à constituição da cidadania plena. Como alega, James Russell Lowell, a "democracia dá a cada homem o direito de ser o seu próprio opressor". Portanto, um povo acrítico tende a eleger mandatários despreparados; e estes tendem a manter o povo sem capacidade intelectual para criticar, facilitando a sua manipulação e permanecendo imerso nesse ciclo.

Segundo Brzezinski e Santos, "a cidadania se aprende, mas, sobretudo, se conquista." E a melhor forma de conquistá-la é por meio da educação, instrumento de revolução cultural, meio e fim para a construção de uma sociedade mais justa e livre.

6. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: CAMINHO PARA MATERIALIZAR DIREITOS SOCIAIS?

A positivação dos direitos sociais no Brasil esta relacionada ao progresso na constituição do Estado brasileiro e da histórica da sociedade.

A Carta Magna, também chamada de Constituição cidadã, representou grandes avanços para a sociedade do país, marcada historicamente pela violação de direitos, exploração do trabalho e cultura de corrupção.

Com expressiva participação popular na sua construção, a Constituição de 1988 possui um caráter democrático e garante direitos funda-

mentais da pessoa humana, dentre eles os direitos sociais, elencados em seu artigo 6º, e gera a obrigação jurídica para o Estado de tornar real a justiça social.

A efetivação e proteção dos direitos sociais necessita de ações estatais através de políticas públicas, porém, com a limitação dos recursos estatais, tornou-se cada vez mais comum ocorrer a constante violação desses direitos pelo Estado Brasileiro.

Assim, através de ações judiciais que buscam tutelas jurisdicionais dos direitos sociais, observa-se o Poder Judiciário interferindo na competência dos demais poderes, em especial na ação do Estado para realização de políticas públicas.

Dessa forma, o Poder Judiciário passa a garantir a efetividade das normas constitucionais e concretizar a justiça social, resultando, assim, na judicialização desses direitos.

De acordo com Severiano:

> A judicialização da política e dos direitos sociais podem possibilitar o acesso dos direitos que são negados cotidianamente, contudo, não os garante sempre, pois este acesso a direitos depende de condições objetivas e subjetivas compatíveis com a justiça e com a visão dos seus operadores últimos, os juízes. (SEVERIANO, 2012. p. 47)

Há, porém, o predomínio de contraposição na doutrina sobre o ativismo judicial, quanto a legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais. Parte dos doutrinadores entende que a judicialização consiste no transpor de limites atribuídos aos poderes, pois o Poder Judiciário não possui tal legitimidade. Essa função seria do Executivo e Legislativo, a quem a sociedade, através do voto, atribuiu poder para definir as políticas públicas. Em contraponto, outra parte da doutrina considera a judicialização como um remédio necessário para o ordenamento jurídico brasileiro e alega que o Poder Judiciário é legítimo para a concretização desses direitos diante da atuação inadequada dos demais poderes, ou inoperância, bem como suas sucessivas crises.

Entende-se, que em tempos de predomínio de valores constitucionais centralizados na Dignidade Humana, a omissão política do Executivo e Legislativo, não pode ser confirmada pela omissão do Poder Judiciário.

7. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Vale salientar também, o confronto entre as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Evidencia-se que os Estados em geral, alegam a impossibilidade de efetivar direitos a pessoas específicas. Como principal fonte de tal argumento encontra-se a teoria da reserva do possível. Por outro lado, as pessoas visam à efetivação de seus direitos previstos constitucionalmente, alegando que é papel do Estado fornecer, ao menos, o mínimo existencial.

Independentemente da previsão legal que abarca os direitos fundamentais, existe um limite material para tal implementação, sendo necessário observar os limites da razoabilidade, em razão das condições socioeconômicas e estruturais do Estado. Sendo assim, os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível.

No âmbito dos direitos fundamentais, o mínimo existencial está intrinsecamente ligado com o princípio da dignidade humana: não se apresenta somente como forma de proporcionar possibilidades mínimas de sobrevivência, mas sim condições que assegurem dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um parâmetro para avaliar o padrão mínimo dos direitos sociais. Dignidade esta, que segundo *Imanuel Kant*, possui valor absoluto, sendo caracterizada por aquilo que não admite ser substituído por qualquer outra coisa que seja equivalente, que está acima de qualquer preço. Como alega Luís Roberto Barroso (2010):

> As coisas que tem preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa esta acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade.

No entanto, insta também salientar que o alcance ao Judiciário pelas classes populares, não demonstra um percurso fácil. Em geral, colidem em três entraves: econômicas, sociais e culturais. O primeiro impedimento relaciona-se com o elevado gasto para se contestar em juízo, o qual aumenta na medida em que é baixo o valor da causa. Portanto, a Justiça torna-se mais custosa para aqueles de baixa renda.

Conforme afirma Santo (2010, p.168):

> Esses estudos revelam que a Justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam, sobretudo, que a Justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da Justiça.

Salienta-se também que a morosidade dos processos promove um gasto adicional, certamente mais oneroso para os indivíduos com menos recursos.

Os outros dois obstáculos dizem respeito à distância das pessoas desprovidas de recursos em relação à administração da Justiça, por fatores sociais e culturais.

Mesmo que haja o reconhecimento desses empecilhos como jurídicos, caracterizando assim ofensa a direitos, estes agentes tendem a hesitar muito mais para acionar o Judiciário.

Esses obstáculos estabelecem um rol de contradições envoltas ao tema da judicialização dos direitos sociais, e demonstram que tal fenômeno não se mostra suficiente para a garantia da cidadania plena brasileira.

CONCLUSÃO

A construção de uma cidadania real e plena, e não puramente semântica, exige, a completude dos direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Uma cidadania plena, que associe liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal a ser desenvolvido e há quem diga, talvez, inatingível.

No Brasil, observa-se que os direitos civis continuam inacessíveis, pois a maioria da população sequer sabe que os possui.

Sendo a educação ponte e instrumento para que se obtenha o conhecimento de seus direitos, e assim possa lutar por eles. Os direitos políticos são os mais fortemente consolidados, estão em pleno funcionamento, ha-

vendo eleições regulares e sufrágio amplo, embora no Brasil, o exercício democrático seja novidade.

Não obstante a Carta Magna representar um marco de inclusão e universalização de direitos sociais, o afastamento dos direitos sociais do status de cidadania apresenta-se como o maior óbice para a efetivação de uma cidadania plena.

A judicialização das políticas públicas se mostra como um incontestável avanço na Constituição Federal, e a atuação do Poder Judiciário junto a efetivação dos direitos sociais vêm ganhando novos aspectos ao longo dos anos.

Em que pese a atuação interventiva do Poder Judiciário ser reconhecida como necessária para garantir a concretização e manutenção dos direitos sociais, não se pode perder de vista a racionalização da atuação judiciária para que esse papel continue sendo exercido, no sentido do progresso social, sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária.

Também é mister ressaltar que por mais que o Poder Judiciário tenha sido uma instância de reconhecimento de direitos, o seu alcance também não é facilmente acessível e nem mesmo célere, sobretudo para as classes populares desprovidas de recursos, que em geral, enfrentam obstáculos econômicos, sociais e culturais, causando assim muita hesitação para interpor uma ação judicial. E quando conseguem, enfrentam novo obstáculo: a reserva do possível.

Por fim, diante da incompletude da cidadania brasileira, que insiste em permanecer, seria o brasileiro um cidadão, ou um cidadão de papel?

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Bauru/SP: Edipro, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEZERRA, Maria Luiza Fernandes; SEVERIANO, Evânia Maria Oliveira. **Judicialização dos direitos sociais nas políticas públicas: afinal do que se trata?** 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRZEZINSKI, I. **Política: conceito bastante complexo**. Goiânia: PUC-Goiás, 2016.

BRZEZINSKI, I.; SANTOS, C. A. **Sentido e significados da política: ação e liberdade**. Brasília: LiberLivro, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2002.

CARVALHO, José Murilo. **Brasileiro: Cidadão?** Revista do Legislativo. Editora UFMG, 1998.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CURY, C. R. J**. Lei de diretrizes e bases e perspectivas da educação nacional**. Revista Brasileira de Educação. n. 8, 1998.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 2012.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Luzardo. **Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde.** Revista Digital De Direito Administrativo, 2(1), 341-366. 2014.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas.** Revista dos Tribunais, 2014.

FAZIO, Cesar Cirpiano de. **Panorama sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política no Direito Brasileiro.** Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Pedro Henrique Azevedo Lopes. **A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A realidade brasileira e o embate entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível**. REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. 09 Junho 2016.

GARCIA, Emerson. **Cidadania e Estado de Direito: breves reflexões sobre o caso brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 14, n. 53, 2011.

GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; SILVA, Juvêncio Borges; ZACARIAS, Fabiana. **A universalização dos direitos sociais e sua relevância para o exercício e concreção da cidadania**. Journal of Institutional Studies 1 (2018) Revista Estudos Institucionais, Vol. 4, 1,2018.
IMMANUEL, Kant. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** 2004.

JUNIOR, Misael Lima Barreto. **Cidadania, conceito e evolução histórica**. 2010.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira. SIQUEIRA, Lígia Airemoraes. **Evolução Histórica dos Conceitos de Cidadania e Direitos Humanos**. Projeto CAJUÍNA – UFPI. 2013.

LUIZ, Lindomar Teixeira. **A origem e evolução da cidadania.** *Colloquium Humanarum*, v. 4, n.1, Junho 2007.

MAGALHÃES, Daniella Santos**. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo.** 2012.

MARSHALL, Thomas Humprey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIANI, D. **Ética, educação e cidadania**. Revista n° 15. Disponível em: http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/saviani.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226, 2005.

SEVERIANO, Evânia Maria Oliveira. **A judicialização e seus significados: poder judiciário lugar de luta social pelo reconhecimento do direito previdenciário**. In: Tese de Doutorado (Programa de Pós-graduação em Sociologia) – Centro de Humanidades, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

SILVA, Sidinei Pithan. **Trabalho e cidadania na sociedade contemporânea**. Revista Pegada – vol. 16, n. 2. Dezembro 2015.

SOUZA, Venceslau Alves. **Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania.** Rev. Sociol. Polit. nº 27 Curitiba. Novembro 2006.

DIREITO À LIBERDADE: UMA CRÍTICA À MORAL E À RELIGIÃO COMO INSTRUMENTOS LIMITADORES DO EXERCÍCIO PLENO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

Matheus Iago de Sousa Rodrigues

INTRODUÇÃO

O Direito à Liberdade trata-se de um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que traduz ao indivíduo a sua capacidade de autodeterminação, autoexposição e autogovernação. Não obstante, a liberdade acarreta em sua literatura o sentido mais puro acerca do domínio do homem sobre si mesmo, consubstanciando, assim, a sua capacidade de sentir-se digno como indivíduo dotado de direitos e deveres, sujeito de garantias e integridade.

Neste trilhar, salienta-se que a dignidade é um valor intrínseco a cada ser humano, caracterizado pela autonomia privada de cada indivíduo, pois arremata a capacidade do homem determinar seus objetivos e projetos de vida bem como de moldar livremente sua imagem, identidade, vida e personalidade sem que para isso seja necessária a concordância de outrem.

Neste sentido, (MARTINS, 2012) arremata que no caso do direito fundamental à liberdade o indivíduo é dotado de faculdades traduzidas na autonomia privada, elemento principal da integridade da personalidade, construída pelo próprio individuo, tendo em vista que capacidade atribuída ao titular do direito de autogovernar-se e definir livremente sua personalidade e identidade.

Contudo, há de se relatar que a dignidade humana é carreada, também, por um sentimento ligado à moral e às normas instituídas pela sociedade, caracterizando-se como digno aquele que atente aos padrões de boa conduta, ajustando-se aos ditames normativos, extraindo assim um padrão de dignidade estabelecido em detrimento do exercício das liberdades individuais.

1 A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO ESSENCIAL À MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE

Inicialmente, arremata-se que a relação entre liberdade e dignidade é indissolúvel, ou seja, para que se possa ser digno é preciso ser livre. Diante disso, é possível afirmar que a liberdade é um direito fundamental essencial para todos os indivíduos, haja vista que em sua ausência não se pode falar em dignidade, pelo menos não de forma plena.

Nessa seara, arremata Barroso (2018), atual ministro do Supremo Tribunal Federal, que a dignidade compreende três características ou aspectos essenciais, quais sejam: a) valor intrínseco de cada indivíduo; b) autonomia individual; c) possibilidade de limitação em razão de interesses ou valores sociais. Portanto, para o ministro, no plano intrínseco a dignidade é atribuída ao ser humano naturalmente.

Assim, ao se falar em valor intrínseco ao indivíduo leva-se em consideração a natureza do ser, ou seja, característica fundamental na distinção da pessoa humana dos demais seres, sendo carreado de direitos, garantias, deveres e responsabilidades. Portanto, ao afirmar que o indivíduo é responsável em razão natureza do seu ser não se pode omitir que este é livre por direito, sendo, portanto, capaz, na forma da lei, de se autodeterminar como sujeito livre e exteriorizar suas virtudes, objetivos, expectativas e desejos, tendo em consideração que em caso exercício arbitrário e excessivo da garantia à liberdade individual a norma lhe impute responsabilidade por seus atos.

Neste prisma, salienta-se a lúcida pontuação kantiana de que as coisas tem preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. Portanto, elucida-se que a dignidade é um preceito de suma importância em qualquer sociedade ou ordenamento jurídico, tendo em vista que se trata se um valor de natureza suprema capaz de atribuir ao indivíduo à

plenitude do exercício dos mais amplos direitos, tais como o direito à vida, liberdade, integridade física, psíquica ou moral, a privacidade, a honra, personalidade, e a igualdade.

Desse modo, Immanuel Kant, em seu imperativo categórico projeta a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, e não um mero objeto para a realização dos objetivos da coletividade ou dos demais indivíduos. Diante disso, arremata-se que a dignidade do ser humano se manifesta ao passo que lhe é garantido o exercício mínimo da sua liberdade individual, rechaçando quaisquer imposições coletivas sobre a autonomia privada, de modo que lhe seja reduzida sua dignidade de tal forma que não lhe é assegurado ao menos o mínimo existencial.

Neste diapasão, no plano da autonomia, surge a máxima que revela o elemento ético da dignidade, ou seja, manifestando sua vontade de forma livre e plena, contudo observadas determinadas normas. Neste trilhar, a liberdade se manifestada atrelada à dignidade quando aquela é traduzida na capacidade de autodeterminação do indivíduo, sendo este o protagonista dos seus projetos de vida, virtudes e ambições pessoais.

Ademais e sob qualquer ângulo, a liberdade traduz-se como o direito de escolher o que fazer, quando fazer ou o direito de escolher que não fazer, limitando-se em razão de imposições coercitivas que regem os padrões de vida em comunidade bem como por normas legisladas pelo Estado a fim de restringir e/ou controlar o exercício do direito à liberdade.

Nestes termos, encontra-se como limite objetivo ao direito de liberdade o confronto com direitos fundamentais de terceiros. Contudo, o reconhecimento desses valores ou regras estabelecidas pelo Estado deve ser interpretado, com uma dose generosa de cuidado, haja vista que a dignidade, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, que, em havendo conflito de princípios fundamentais, devem prevalecer aqueles que promovam a dignidade da pessoa humana.

Em suma, arremata-se que a dignidade é indissolúvel ao direito à liberdade, tendo em vista a amplitude de direitos fundamentais intrínsecos ao pleno exercício da autonomia privada que exprimem, com clareza solar, a materialização da dignidade do indivíduo enquanto sujeito de direitos e deveres, podendo autodeterminar seus projetos de vida, seu trabalho, sua sexualidade e sua religião, garantindo assim um mínimo existencial para a vida digna de cada pessoa.

2 LIBERDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE POSITIVAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAS

Sob a égide da Teoria Liberal dos Direitos fundamentais explica-se que o direito fundamental à liberdade constitui uma ferramenta de autodeterminação do indivíduo, de modo que este possa moldar, livremente, sua personalidade, imagem, determinar sua identidade, sobretudo, o poder de definir seus objetivos de vida e de autogovernar-se. Neste sentido, (MARTINS, 2012, p. 49) leciona que "A autodeterminação diz respeito ao titular do direito de livremente determinar sua identidade.".

Neste trilhar, a *Lex Mater* preconiza, em seu art. 5º, pela materialização de direitos fundamentais inerentes ao individuo em razão da qualidade de pessoa humana. Neste trilhar, o supracitado permissivo constitucional dispõe de um extensivo rol de direitos e garantias fundamentais inerentes ao direito de liberdade. Nestes termos, o caput do permissivo constitucional em sua exegese:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Desse modo, segundo Carvalho (2013), "a liberdade consiste na escolha de uma possibilidade da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitudes axiológicas desse termo a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias em suas diversas modalidades". Diante disso, é possível afirmar que a Constituição Federal traduz em sua literatura um verdadeiro mecanismo de positivação dos ideais democráticos ligados ao Estado como instituição positivista das garantias individuais.

Ato contínuo, a Carta Cidadã de 1988 preconiza, entre os direitos de fundamentais ligados ao sentimento de liberdade, a livre manifestação de opinião e expressão, repelindo do ordenamento jurídico brasileiro a prática da censura, desvirtuando, assim, a sociedade brasileira de um dos seus períodos mais decadentes marcado pelo autoritarismo da Ditadura Militar.

Neste prisma, salienta-se, por exemplo, a decisão venerável do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a legalidade do movimento "Marcha da Maconha", tendo em consideração que a liberdade de pensamento e de expressão deve ser sempre livre, permanentemente, sem que sejam suprimidas, reduzidas ou aniquiladas.

Diante disso, não faz sentido frente a um sistema de liberdades individuais que sejam retirados dos indivíduos seus direitos de reunião e livre manifestação do pensamento, tendo em consideração que a "Marcha da Maconha" não faz apologia a crimes ou ao tráfico, mas, tão somente, exalta a necessidade da revisão da atual política de repressão às drogas que mata, segrega e marginaliza, essencialmente, a população jovem, pobre, negra e, sobretudo, periférica.

Aproveitando a oportunidade, insta salientar que a Suprema Corte julgará, em novembro do presente ano de 2019, o Recurso Extraordinário (RE) 635659, a fim de decidir pela descriminalização do uso da maconha para fins recativos, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e a imprecisão da norma federal ao estabelecer critérios absurdos para a diferenciação do usuário em relação ao traficante.

Entretanto, há de ser ressaltado que a vida íntima do indivíduo diz a respeito, tão somente, a ele mesmo, devendo ser assegurado o pleno exercício da sua autonomia privada e das liberdades individuais, tendo em vista que lhe é atribuída a capacidade de autodeterminação, devendo o Estado preconizar pelo respeito à dignidade da pessoa humana e aos ideais do regime democrático.

Assim, assegurando aos indivíduos a livre manifestação de opinião, seja ela artística, cultural, informacional ou jornalística, a Constituição Federal atua, conforme dito alhures, como instrumento fundamental na manutenção da democracia, rechaçando qualquer forma de autoritarismo ou censura.

Contudo, em relação a livre manifestação de opinião, ideologia ou expressão há de ser considerado que esta liberdade não é ilimitada ou absoluta, tendo em consideração que o próprio texto constitucional dispõe que, em situações de cometimento de excessos o indivíduo poderá ser responsabilizado, tendo em consideração que a autonomia privada encontra seu limite ao ir de encontro a direitos fundamentais de terceiros, funcionando, assim, como mecanismo de limitação ao livre arbítrio.

Neste trilhar, insurge a necessidade de relatar que é inadmissível, no regime democrático de direitos, a promoção de discursos de ódio, seja em razão de religião ou preceitos morais, tendo em consideração que tais motivos não fundamentam legitimidade para o cometimento de abusos do direito de liberdade.

Não obstante, arremata-se, também, que a Carta Constitucional de 1988 estabelece em sua literatura que, dentre outros institutos, ao indivíduo é assegurado o livre exercício de profissão, conforme os requisitos necessários ao exercício legal do ofício; a liberdade de crença; a liberdade de culto; liberdade de associação, salvo para fins ilícitos ou paramilitares e a liberdade de locomoção dentro de todo o território nacional.

3 A MORAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL: A FRAGILIDADE DO FUNDAMENTO MORAL COMO BASE NA ELABORAÇÃO DAS NORMAS DE CONTROLE SOCIAL

Ato contínuo, em conformidade com os argumentos supracitados, delineado que a liberdade se trata de um direito fundamental e que seu pleno exercício se caracteriza como a materialização da dignidade humana do indivíduo. Todavia, o atual ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Poder Legislativo, tem como praxe a utilização de valores morais na criação de normas que tenham como finalidade precípua o controle social e a manutenção da ordem pública.

É inegável que em um sistema representativo, ou seja, em um sistema em que os indivíduos elegem seus representantes, que a escolha seja carreada por uma questão ideológica, ligada aos anseios, preconceitos e crenças do indivíduo, fazendo, assim, de seu representante um reflexo da sua própria imagem.

Desse modo, arremata-se que a moral se revela na esfera íntima do indivíduo, sendo a avaliação moral regida pelas questões de *forum internum, e*m conformidade com as vontades, preconceitos, desejos, crenças e anseios do autor da avaliação.

Neste trilhar, é razoável distinguir a moral em: moral social e moral natural, sendo aquela pautada na consciência popular, variável e relativa. Noutro giro, a moral natural considera as condições de vida do ser natural,

sendo este um fim em si mesmo, elucidando que os direitos e os projetos de vida do indivíduo independem do consentimento de terceiros, devendo preconizar-se pela inviolabilidade dos direitos destes, garantindo um exercício pleno da autonomia privada em conformidade com a garantia do direito alheio.

Ademais e sob qualquer ângulo não se pode falar de moral sem, automaticamente, se falar em Religião, o fundamento principal da avaliação moral, tendo em vista que a Religião orienta o comportamento dos sujeitos em conformidade com a ordem moral. Assim, a felicidade eterna, a vida celestial, a harmonia social e a paz de espírito, proclamadas pelas religiões como garantias supraterrâneas, instituem no argumento moral forte carga de subsistência para subsidiar os argumentos da avaliação moral, ou seja, no julgamento.

Seguindo esta linha de raciocínio, com base nos ensinamentos de Nader (2018, p.70), "Se concebermos os princípios fundamentais da doutrina religiosa como *revelação,* algo descoberto pela crença, havemos de concluir que a Religião se localiza na esfera da metafísica. A doutrina religiosa seria um desdobramento da verdade revelada.".

Neste passo, urge salientar que a Religião em diversos países é o principal instrumento de limitação das liberdades individuais. No Brasil, em um passado recente, pode-se observar que o mecanismo religioso de controle social se manifestava restringindo as liberdades individuais em situações como: a proibição do divórcio, o impedimento do reconhecimento da união homoafetiva e a negativa de reconhecimento da igualdade entre filhos. Não obstante, recentemente a religião influenciou fortemente no debate sobre a criminalização da homofobia.

Diante disso, arremata-se que o legislador no processo de elaboração das normas deve ater-se, inequivocamente, ao conteúdo da norma e suas implicações no campo da materialidade quando aplicada no caso concreto, desvirtuando-se de quaisquer imposições morais ou doutrinas religiosas, preconizando, na elaboração da norma, especialmente naquelas que culminem em controle social ou restrições ao pleno exercício do direito à liberdade, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, equidade e justiça social.

Para a corrente radical do positivismo o Direito independe da Moral e o julgador, ao aplicar a norma no campo material, não deve ater-se a

princípios morais a fim de justificar o entendimento, tendo em vista que os argumentos éticos são irrelevantes para a solução dos problemas.

Portanto, para que o legislador elabore uma norma de controle social em consonância com a dignidade humana, o mínimo existencial e a segurança jurídica, este deve despir-se de seus preconceitos e ideologias, influenciando a evolução da moral social adequando-a a moral natural, fazendo com que a sociedade se edifique sob a égide das garantias individuais e da justiça social.

Nessa seara, destaca-se que o argumento moral se revela frágil no processo de elaboração das normas de controle social, pois desvirtua toda a finalidade teleológica do instituto normativo, comprometendo a norma com ideologias totalmente distanciadas do ideal democrático, tendo em vista que o Direito perderia sua essência de libertação e passaria a servir como instrumento de opressão. Assim, o limite ético para o legislador no processo de elaboração das normas consiste no respeito à dignidade da pessoa humana, garantia do direito à vida e à liberdade.

4 RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS: ARGUMENTOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE SOCIAL DESPIDOS DA INFLUÊNCIA MORAL E RELIGIOSA

Seguindo a baila textual, elucida-se que o direito à liberdade é uma garantia constitucional fundamental no processo de autodeterminação do indivíduo.No entanto, não se pode olvidar que não se trata de uma liberdade ilimitada, desenfreada e sem controle, pois em certas situações, em atenção à promoção da segurança pública, a autonomia privada cede espaço ao controle estatal.

Não obstante, assevera MARTINS (2012, p. 9) que a garantia fundamental ao direito de liberdade "[...] implica uma construção jurídico-dogmática com restrições claras à atividade de domínio estatal. A imagem da pessoa humana (*Menschenbild)* nela pressuposta é do ser autônomo, responsável pelo seu destino.".

No entanto, como delineado alhures, os mecanismos de controle social devem ser elaborados despidos de questões ideológicas ligadas à Moral e à Religião, tendo em vista que são institutos intrínsecos ao íntimo de

cada indivíduo no exercício de sua autonomia privada, que, todavia, não poderão ser traduzidos em normas gerais de controle social, sob pena de elaboração de uma norma injusta desvirtuada dos ideais democráticos.

Nessa senda, a fim de instigar o legislador, no processo de elaboração das normas, a desvirtuar-se de predileções ideológicas e religiosas, apresentam-se como alternativas de fundamentos para embasar a elaboração de normas que impliquem em restrição das liberdades individuais: A proteção dos direitos de terceiros e da incolumidade da sociedade em geral.

Seguindo esta linha de raciocínio, resplandece lucidez nas palavras de MARTINS (2012, p. 31) ao afirmar que:

> A ideia é que a compreensão dos direitos fundamentais como direitos de resistência pressupõe a aludida rígida separação entre o tipo normativo das normas de direito fundamental e os limites potencialmente legitimadores de intervenções estatais nas esferas garantidas de liberdade. Dessa forma, recusa-se peremptoriamente a ponderação como suposto método de aplicação de direitos fundamentais.

Assim, o primeiro mecanismo de controle social a ser contemplado no processo de elaboração das normas é a proteção dos direitos de terceiros, apresentando-se como principal fundamento limitador ao exercício pleno da autonomia privada, tendo em vista que como trava o jargão popular "o seu direito termina quando o do outro se inicia".

Dessa forma, o livre arbítrio encontra barreira ao ir de encontro a direito alheio, pois a liberdade deve ser exercida com respeito à dignidade e à autonomia dos demais. Posto isso, é o fundamento que subsidia a criminalização do homicídio, da homofobia, da lesão corporal e do roubo e do furto, tutelando respectivamente à vida, à honra, à liberdade individual e à propriedade. Haja vista que ao Estado é imbuído o dever de tutela.

Diante disso é que não se revela como afronta ao princípio da dignidade humana e ao direito à liberdade a imposição de pena privativa de liberdade, desde que decorrente do respeito ao devido processo legal e cumprida em estabelecimento prisional que atenda aos preceitos essenciais da Lei de Execuções Penais e, sobretudo, o atendimento às condições humanitárias. Desse modo, torna-se justificada a limitação estatal para as

supracitadas criminalizações, em razão de sua aplicação traduzir um mecanismo de controle social justificado na tutela aos direitos de terceiros bem como na proteção da sociedade.

Contudo, não se dever apegar-se à exegese da afirmação "proteção dos direitos de terceiros", tendo em consideração que o direito em colisão com o pleno exercício da autonomia privada deve se tratar de um direito manifestamente fundamental (vida, honra, propriedade e liberdade) bem como a existência de um forte consentimento social firmado sobre o tema como, por exemplo, na criminalização do homicídio.

Dito isso, arremata-se que o critério decisivo é a proporcionalidade, em havendo confronto entre direitos fundamentais. Assim, exige-se do Estado o ônus argumentativo, sob a égide da Tese da Intervenção e Limite à Intervenção, cujo critério de diagnóstico é a proporcionalidade.

Noutro giro, no processo de criação das normas de controle ou restrição do exercício da autonomia privada, o legislador também poderá considerar como mecanismo limitador a proteção do indivíduo contra si próprio. Desse modo, em determinadas situações como, por exemplo, a obrigatoriedade do uso de capacete ou do cinto de segurança, o Estado teria legitimidade para interferir no exercício da autonomia privada, protegendo o indivíduo de sua própria torpeza.

Entretanto, especificamente em relação aos atos do individuo contra si próprio, há de considera-se que a interpretação acerca desta possibilidade de limitação deve, sempre, ser tida com cautela, devendo sempre ser tido como critério de diagnóstico a proporcionalidade entre a liberdade individual exercida e o direito fundamental colidente. Contudo, salienta o autor do presente trabalho científico não concordar com essa forma de limitação, salvo quando o direito colidente for a vida do próprio titular do direito à liberdade em caráter excepcional de urgência ou extrema relevância.

Para tanto ato a ser cometido deve exprimir considerável grau de potencialidade lesiva ao sujeito, e que, o próprio indivíduo ignore os riscos da conduta, legitimando, somente neste caso, o Estado, de forma subsidiária, a promover a limitação à autonomia privada do indivíduo.

Noutro giro, seguindo a linha de pensamento: "A liberdade geral de ação engloba, segundo a opinião dominante na literatura especializada alemã, todo e qualquer comportamento individual, que deve ser, em princípio, livre de coerções estatais". (MARTINS, 2012, p. 50).

Por fim, há situações que o individuo se submete a condutas que implicam em danos à saúde, à segurança e à integridade do indivíduo, contudo não devem ser restringidas com base no argumento da proteção do indivíduo contra si mesmo, tendo em consideração que as condutas praticadas não resultam em danos de elevado grau de potencialidade lesiva. A título de exemplo tem-se a prática do sadomasoquismo, explicitando a literal manifestação da liberdade geral de ação do indivíduo.

5 DOS DESIDERATOS FINAIS

Por fim, é plenamente possível afirmar que a autonomia privada é o elemento fundamental para a materialização da dignidade humana, tendo em consideração que, de acordo com Nader (2018, p.75) "A dignidade constitui uma síntese de valores éticos, capaz de dar sustentação à pessoa humana, permitindo-lhe a realização de suas potencias ativas.".

Seguindo esta linha de pensamento, a dignidade do indivíduo se manifesta ao passo que este exerce, com plenitude, a sua liberdade, dando vazão aos seus desejos e vontades – potencias ativa – sendo, assim, uma máxima fundamental a qualquer sujeito. Todavia, urge pontuar que essa liberdade não é um direito ilimitado sofrendo restrições ou limitações ao ir de encontro a direitos fundamentais de terceiros.

Todavia, o legislador no processo de elaboração das normas deve preconizar pela dignidade humana, tendo este instituto como limite ético ao seu poder constituinte, devendo desvirtuar-se, na baila do processo legislativo, de seus preconceitos e ideologias, tendo em consideração que a presença de tais elementos no conteúdo de um instrumento de controle social compromete, deturpa e vicia a finalidade teleológica do instituto normativo, em razão do não atendimento ao critério da proporcionalidade, no diagnóstico a ser realizado entre a liberdade individual exercida e o direito fundamental colidente.

Assim, implica forte carga de injustiça ao ser aplicada a norma no caso concreto, haja vista que os valores morais do indivíduo dizem, tão somente, à sua intimidade não devendo ser imposta, coercitivamente, por meio da lei, à coletividade em geral. Posto isso, arremata que o ser é livre por natureza, e sua liberdade é essencial no processo de pertencimento e autodeterminação da sua identidade, personalidade e vida, não podendo ser restringida com base da religião ou em preceitos morais de terceiros.

Desse modo, ao desvincular-se do fundamento Moral e Religioso no processo legislativo, fica o legislador legitimado a instituir leis de controle social e sobre limitação ao exercício do direito de liberdade, desde que observado o desequilíbrio entre o exercício do livre arbítrio em excesso que venha a ofender direito fundamental de outrem.

Não obstante, a elaboração de leis que venham a limitar a autonomia privada, desde que atendido o critério da equiparação/proporcionalidade estará em conformidade com os ideais do Estado Democrático de Direitos e com o espírito da Constituição Federal de 1988.

Portanto, para que a norma seja justa, dos pontos de vista Democrático, Constitucional e Jus Filosófico é necessário que o legislador e o intérprete, estejam despidos de quaisquer preconceitos ou discriminações, repelindo julgamentos baseados na Moral e na Religião.

Assim, para fins de controle da autonomia privada, apresentam-se como argumentos racionais e objetivos a serem considerados pelo legislador e pelo interprete, a proteção dos direitos de terceiros e a proteção do indivíduo em razão de atos contra si próprio, desde que realizado o diagnóstico da proporcionalidade entre o pleno exercício do livre arbítrio e o direito fundamental colidente, pois, nesta hipótese, estaria legitimado, assim, o Estado a intervir no pleno exercício das liberdades individuais e, somente assim, poderá ser edificada uma sociedade repleta da mais categórica Justiça, com respeito às liberdades individuais e ao Estado-Constitucional Democrático.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

CARVALHO, Rayanna Silva. Liberdade Constitucionais: breves anotações. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12809&revista_caderno=9> Acesso em: 09.nov.2015.

MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional : leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais / Leonardo Martins. - - São Paulo : Atlas, 2012

NADER, Paulo. Filosofia do direito / Paulo Nader. – 25. Ed. Ver. E atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A CRÍTICA MARXISTA AO LIMITE DOS DIREITOS NO CAPITALISMO: APROXIMAÇÕES ÀS CONTRIBUIÇÕES DE EVGENI PACHUKANIS

Paulo Roberto Felix dos Santos

> "Jamais o escondemos. Nosso terreno não é o *terreno do direito* (Rechtsboden), é o *terreno revolucionário*". (MARX, 1987, p. 43, grifos do autor)

> "A crítica marxista da teoria geral do direito está apenas começando". (PACHUKANIS, 2017, p.59)

INTRODUÇÃO

Diante do aprofundamento da miséria, das desigualdades, da constante violação de direitos – humanos e de cidadania – é justamente a aposta na ampliação destes direitos que parece se conformar como uma das principais estratégias de resistência à barbárie capitalista. A história recente dá sinais cabais de que a luta por direitos se constitui como um importante norte do conjunto de trabalhadores, explorados pelo processo de acumulação de capital e expropriados de suas condições mínimas de subsistência – alimentação, moradia, terra, água, etc. Ao vislumbrar as derrotas mais recentes da classe trabalhadora, uma pergunta que parece

fundamental é: *qual o limite da luta por direitos?* Ou, *seria possível a sua plena vigência nos marcos dessa forma social?* E, ainda, *qual relação os direitos guardam com as estruturas mesmas da forma social capitalista?*

A partir dessas provocações, pretende-se discutir no presente texto o significado e o limite dos direitos no capitalismo. Apesar de se constituir como um aspecto mais amplo no âmbito da crítica marxista, destacam-se nessa discussão as contribuições do jurista russo Evgeni Pachukanis (1891 – 1937). O autor, ao lado do também jurista Piotr Stutchka (1865 – 1932), notabilizou-se por sua importante participação no debate jurídico de sua época, assumindo, inclusive, o posto de líder do Comissariado do Povo para a Justiça. Além das contribuições teóricas, destacam-se as implicações "práticas" das posições assumidas pelo autor, no calor da Revolução Russa de 1917, e que nos permitem pensar o desafio no âmbito dos limites dos direitos no capitalismo.

Pela influência que assumiu o seu legado, crê-se importante o resgate de suas principais formulações, a fim de identificarmos quais as implicações do caminho enfatizado no âmbito da luta por direitos, sobretudo em um contexto de avanço de uma agenda ultraliberal que assolapa direitos "conquistados" pelos trabalhadores. Como indicou Naves (2008, p.20): "[...] voltar a Pachukanis significa também explorar as possibilidades de uma crítica às formas de dominação de classe que se realizam por meio do direito, particularmente, a crítica a certa representação jurídica do Estado". Cabe aqui, entretanto, uma advertência. É um equívoco imaginar que estaria na obra pachukaniana todo o conjunto de conceitos e categorias que permitem apreender o significado dos direitos no capitalismo. Do ponto de vista metodológico seria um erro pressupor que o método marxiano estaria na obra do autor, conformado como um "todo acabado" e, além disso, como ele próprio advertiu, o livro que aqui utiliza-se como principal referência está "[...] longe de pretender um lugar de honra na orientação marxista da teoria geral do direito", constituindo-se de modo modesto em um "[...] primeiro volume, em larga medida, para autoesclarecimento" (PACHUKANIS, 2017, p.59).

Para a discussão apresenta-se o texto em três partes. No primeiro momento aborda-se a relação entre a crítica marxista aos direitos e o significado da crítica da economia política. Como poder ser observado, trata-se de um ponto de partida sem o qual debilita-se o sentido da própria crítica

pachukaniana. Entende-se que fora partindo de Marx (2013a), na leitura de *O Capital,* que se permitiu ao autor russo uma das mais densas reflexões sobre a relação entre direito[43] e capitalismo. Da apreensão da forma valor foi possível desvendar os nexos constitutivos da forma jurídica, e do significado dos direitos nesse processo. Em seguida, serão apontadas algumas considerações acerca das contribuições de Pachukanis, assentadas no que poderia ser considerado o seu *opus magnum,*, o livro *"Teoria Geral do Direito e Marxismo"*[44] (PACUKANIS, 2017). Aponta-se, a partir desse texto, algumas questões acerca dos limites dos direitos, circunscritos nos limites do próprio desenvolvimento capitalista.

Na última parte insere-se um desdobramento da discussão que se refere sobre a impossibilidade da existência dos direitos em uma sociabilidade emancipada, a partir das determinações que os articulam à forma mercantil. Dito isto, como se verá, para além de um exercício de análise prospectiva, o que se intenta é apontar chaves de análises acerca do limite da luta por direitos e, ao mesmo tempo, suscitar o papel estratégico que estes podem desempenhar numa pauta anticapitalista. Convém advertir que o principal objetivo com o presente texto é tornar aberto um debate que, muitas vezes, vê-se obnubilado, na medida em que se parte do suposto de um pretenso caráter transistórico dos direitos. O resgate, ainda que em nível preambular, acerca da temática[45], reveste-se de importância

43 Como poderá observar ao longo do presente texto, não se trata de uma abordagem que visa submeter a este exame as particularidades da disciplina Direito, mas de apreender seu significado nos marcos das relações jurídicas capitalistas. Feita essa advertência, perceberá o leitor que utilizar-se-á em diversos momentos a expressão "direito" e "direitos" como sinônimos, sem prejuízo de suas eventuais diferenciações semânticas.

44 Nos últimos anos verifica-se um maior aprofundamento dos estudos brasileiros acerca do legado desse autor. Não parece acidental que no ano de 2017 foram editadas em território nacional duas traduções de sua obra principal, pelas editoras Boitempo e Sundermann, além de diversos ensaios de comentadores e seleção de textos inéditos. Para esse texto, utiliza-se a versão da editora Boitempo.

45 A quem se interessar pelo debate três leituras configuram-se como incontornáveis. A primeira refere-se a obra de Naves (2008) intitulada *"Marxismo e Direito – um estudo de Pachukanis"*. Indica-se também a leitura de uma coletânea organizada pelo mesmo autor, *"O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis"* (NAVES, 2009). Por fim, é válido recorrer a um recente dossiê da Revista Verinotio n. 19 (2015), sobre o seu legado, intitulado *"Marxismo e direito: 90 anos do Teoria geral do direito e o marxismo" de E. Pa-*

para trazer luz a uma questão que nos desafia cotidianamente: qual o significado dos direitos. Guardadas as devidas polêmicas, essa é a modesta contribuição que o presente texto visa anunciar.

A CRÍTICA MARXISTA AOS DIREITOS E A IMPORTÂNCIA DA CRÍTICA DA ECONOMIA POLÍTICA: PRESSUPOSTOS E CONSEQUÊNCIAS

A nossa reflexão longe de querer esgotar todo o conjunto de questões que envolve a problemática dos direitos, busca situá-los, de modo geral, no âmbito da crítica marxista, enquanto "crítica efetiva", que se constitui como "aquela que é consciente acerca do modo como se entrelaçam objetivamente as distintas esferas do ser social, concomitantemente, compreendendo que somente a transformação do todo social é possível remeter para além da situação presente" (SARTORI, 2015, p.332). Como observa Sartori (2015) a postura crítica marxiana longe de se conformar no terreno *do* direito ou *do* Estado, consubstancia-se numa crítica *ao* direito e *ao* Estado.

Não se trata, obviamente, de desconsiderar as contribuições que aquelas formulações podem vir a ter na *luta tática mais imediata*, mas de precisar os limites dessas abordagens quanto aos fundamentos das quais parte, e que, a nosso juízo, se realiza como um ponto transversal ao conjunto de discussões que pretendemos problematizar ao longo desse texto. Se trata, pois, de apoiar-se no papel mais fundamental da crítica. De acordo com Marx: "A crítica arrancou as flores imaginárias não que o homem suporte grilhões desprovidos de fantasias ou consolo, mas para que se desvencilhe deles e a flor viva desabroche" (MARX, 2013b p. 152).

Uma das determinações que caracteriza o Modo de Produção Capitalista (MPC) refere-se ao processo de *generalização da forma-mercadoria,* o que faz dela uma forma necessária de desenvolvimento do capital, enquanto *forma social* (HIRSCH, 2010; MASCARO, 2013). As formas sociais se constituem como modos de ser do próprio desenvolvimento do capital, exprimindo as condições nas quais esse conjunto de relações sociais pode

---

chukanis", que pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: http://www.verinotio.org/sistema/index.php/verinotio/issue/view/17. Aqui, é possível encontrar polêmicas importantes sobre as contribuições e limites da obra do jurista russo.

se realizar. Recorrendo à noção de forma social em Marx, Hirsch (2017), nos aponta que, para o autor alemão, tais formas confrontam os seres humanos como objetos que lhe são estranhos e exteriores e que, ao mesmo tempo, os domina. Enquanto expressões coisificadas e coisificantes as formas sociais garantem a validade social do desenvolvimento do capital, incidindo sobre a dinâmica das relações sociais.

Na existência das formas sociais, Hirsch (2010) destaca duas dimensões que considera fundamentais à reprodução da MPC: a *forma-valor* e a *forma política*. Se levarmos em conta as contribuições presentes na obra de Pachukanis, acrescentaríamos uma terceira, da qual já vimos dissertando, qual seja a *forma jurídica* (PACHUKANIS, 2017). Acerca dessas duas últimas trataremos ainda nesse capítulo. No presente item abordaremos a primeira à qual alude o autor: *a forma-valor,* como expressão da forma-mercantil.

É verdade que a existência da mercadoria no processo de mediação de relações sociais é anterior ao capitalismo, mas é somente sob os auspícios desse modo de produção que a generalização da troca mercantil ocupa todos os poros da sociedade, não permitindo que nenhum indivíduo escape à essa condição, enquanto predominarem essas relações. Como adverte Mascaro (2013) a forma-valor só pode se dar nas sociedades capitalistas, porque somente nelas o trabalho se torna abstrato, generalizando-se como mercadoria, enquanto força de trabalho. Dessa generalização e abstração do trabalho estabelecem-se os parâmetros da própria forma-valor. No capitalismo, portanto, não só as relações sociais se pautam, necessariamente, pela mediação da mercadoria, mas tem esse processo jungido a partir da *forma-mercantil*[46], base da produção do capital.

Na análise do MPC, Marx (2013) o apreende como uma "enorme coleção de mercadorias", daí a necessidade da apreensão de sua célula elementar, qual seja, *a mercadoria simples*. É assim que o autor abre a sessão do Livro I d'*O Capital*, nos apresentando o movimento da mercadoria em direção à sua expressão como capital, ou melhor, como *forma-capital*. Para o autor o produto do trabalho, sob o domínio do capitalista, – a forma-mercadoria – adquire uma dupla funcionalidade. Por um lado, pode servir do ponto de vista do *valor de uso*, na medida em que se configura como uma *coisa útil*, e que pode satisfazer a necessidade daqueles/as que a

46 Ao longo do texto trataremos das formas *valor* e *capital*, enquanto momentos de um mesmo movimento qual seja, do desenvolvimento da *forma-mercantil capitalista*.

produzem. Esse aspecto, em que pese a sua funcionalidade na produção da riqueza material e satisfação das necessidades humanas, na "sociedade das mercadorias", apenas se apresenta como o suporte material necessário à possibilidade de servir como *valor de troca*.

Ao se alçarem à condição de valor de troca, as diferentes mercadorias só o fazem pela possibilidade de serem *produtos intercambiáveis*. Por sua vez, tal intercâmbio só é possível dado que nas distintas mercadorias está corporificada uma substância comum – uma *unidade na diferença*. Ao abstrairmos as determinidades naturais do conjunto das mercadorias, abstraindo-se, nessa medida, os diferentes valores de uso, resta, portanto, considerar nessas mercadorias uma única propriedade, qual seja: "a de serem produtos do trabalho" (MARX, 2013). É essa substância comum ao conjunto das mercadorias que permite elevá-las à condição de objetos intercambiáveis. Tal processo, na sociedade produtora de mercadorias, só é possível, não só abstraindo os diferentes valores de uso das mercadorias, mas, sobretudo, os distintos trabalhos produtores desses valores de uso, reduzindo à forma cuja generalização é própria da sociabilidade capitalista, o "trabalho humano abstrato".

Da análise da constituição da forma mercantil decorre que o fato de o valor das mercadorias serem objetivados levando-se em consideração de nelas estar contido trabalho abstrato. Assim, por meio desse *quantum* de trabalho contido na mercadoria, se determina a grandeza do seu valor. Daí desdobra-se que a própria quantidade de trabalho pode ser medida, e que isso ocorre mediante a mensuração do seu *tempo de duração*. Requer ressaltar que não é qualquer tempo de trabalho que confere valor a uma dada mercadoria, mas sim o tempo de trabalho médio para sua produção, ou o "*tempo de trabalho socialmente necessário"* (MARX, 2013, p.117).

Como se tratam de objetos intercambiáveis, as mercadorias, equivalendo-se pelo quantum de trabalho nelas corporificado, interagem num processo incessante de troca, tendo na figura do *dinheiro*, enquanto *equivalente universal*, a sua forma mais mistificada. Esse, assumindo a unidade monetária de valor, permite que o conjunto das mercadorias, com o seu "cinismo de nascença" (MARX, 2013), possa equivaler-se em uma fórmula geral, de validade universal.

A forma mercantil, célula-máter do Modo de Produção Capitalista (MPC), exprime uma determinada *relação social* em que as relações entre

os indivíduos *aparecem como uma relação entre coisas*, transfiguram-se numa dimensão estranhada e, em certa medida, hostil a esses mesmos indivíduos. Corresponde ao que Marx (2013, p.148) apontou como "[...] relações reificadas entre pessoas e relações sociais entre coisas". Tal processo, à que o autor denominou de *"fetichismo",* é o modo em que a generalização da forma-mercadoria assume o meio pelo qual os indivíduos podem se relacionar, assumindo a aparência das relações entre esses próprios indivíduos, e que atinge a sua maturidade na sociabilidade capitalista.

Apesar da aparente transistoricidade desse processo, é válido ressaltar que é somente nessa forma societal que se pode falar em forma mercantil, ainda que a existência da mercadoria lhe seja anterior. É a forma mercantil, que, enquanto forma social, portanto elemento necessário, estrutura o conjunto das relações sociais capitalistas. É através dessa forma que os indivíduos podem interagir na sociabilidade regida sob os auspícios do capital. Ela – a forma-mercantil – é o ponto de partida para apreendermos as particularidades e o significado do conjunto das demais formas sociais que subsistem nesse modo de produção.

O encontro da capacidade de trabalho, base do processo de exploração capitalista, é resultado de duas condições. A primeira é que o trabalhador, enquanto possuidor da mercadoria força de trabalho, seja "livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa"[47] (MARX, 2013, p.242). A segunda condição essencial para que o possuidor de dinheiro encontre no mercado a força de trabalho como mercadoria é que seu possuidor, em vez de poder vender mercadorias em que seu trabalho se objetivou, tenha, antes, de "oferecer" como mercadoria à venda sua própria força de trabalho, que existe apenas em sua corporeidade viva. Assim, ele pode se defrontar, no mercado, com o possuidor de dinheiro como *iguais possuidores de mercadorias*, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas *juridicamente iguais*.

47 A liberdade aqui, enquanto apanágio da ideologia burguesa consiste em dois sentidos: "de ser uma pessoa livre, que dispõe de sua força de trabalho como sua mercadoria, e de, por outro lado, ser alguém que não tem outra mercadoria para vender, livre e solto, carecendo absolutamente de todas as coisas necessárias à realização de sua força de trabalho" (MARX, 2013, p.244).

O conjunto dessas incessantes transações condiciona que ao lado das determinações da forma-valor, expressão da forma-mercantil, se agrupe uma série de relações jurídicas e a constituição de um poder político, aos quais a sociabilidade capitalista junge sob a consigna de *forma jurídica e política (Estado)*, dado que se tratam de modos necessários pelos quais os indivíduos se relacionam no capitalismo. Como afirma Pachukanis: "Do mesmo modo que a riqueza da sociedade capitalista assume a forma de uma enorme coleção de mercadorias, também a sociedade se apresenta como cadeia ininterrupta de relações jurídicas". (PACHUKANIS, 2017, p.97). É nesse campo incessante de relações jurídicas que desenvolve a análise pachukaniana acerca do limite do direito.

A CRÍTICA PACHUKANIANA COMO PONTO ALTO DA CRÍTICA MARXISTA AOS DIREITOS NO CAPITALISMO

É bastante comum, inclusive no debate marxista, a discussão acerca do "conteúdo concreto do direito", ou da "regulamentação jurídica" (PACHUKANIS, 2017), a partir de seus conceitos lógicos, buscando assentar as análises em uma *historiografia do direito* (ou dos direitos, humanos e de cidadania, por exemplo). Apesar da importância desse instituto, parece que um dos riscos dessa abordagem se refere a desconsiderar a própria *forma* na qual se realiza esse *conteúdo*. É nesse sentido que a análise elaborada por Pachukanis impõe-se como um ponto alto da crítica marxista ao direito, diferenciando-se de outras abordagens, ao estabelecer como fundamento os pressupostos da sociabilidade mercantil-capitalista.

A partir dos postulados marxianos, em sua *crítica da economia política* burguesa, estabeleceu-se a *crítica da teoria geral do direito.* Na avaliação de Naves (2008, p.48, grifos do autor) "[...] a concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do lugar central que ocupa a análise da forma para compreender as relações socais capitalistas". Assentando a sua crítica no que o pensador alemão denominou de "anatomia da sociedade burguesa", o autor russo localiza o direito como um pressuposto necessário à expansão mercantil, uma espécie de *condition sine qua non* da produção e circulação de mercadorias. Não corresponde, todavia, a um dado natural, tal qual suscitava o *jusnaturalismo,* ou como um fenômeno

lógico, como propugna o *juspositivismo,* mas como um processo real, decorrente das relações sociais capitalistas.

> O direito como um fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma nem na regra, seja ela escrita ou não. A norma como tal, ou seja, o conteúdo lógico, ou deriva diretamente de uma relação já existente ou, se é dada na forma de uma lei do Estado, representa apenas um sintoma por meio do qual é possível prever com certa probabilidade o surgimento em um futuro próximo das relações correspondentes. Mas, para afirmar a existência objetiva do direito, não basta conhecer seu conteúdo normativo, é necessário, antes, saber se o conteúdo normativo tem lugar na vida, ou seja, nas relações sociais. (PACHUKANIS, 2017, p.98)

A radicalidade da crítica pachukaniana, no sentido marxiano do termo, de tomar o objeto em si pela raiz, longe de perder-se em uma transistoricidade acerca dos fundamentos dos direitos, acaba por localizá-los, no circuito da forma jurídica, como fenômeno específico do capitalismo. Eis aí uma diferença substantiva entre aquele pensador e grande parte da tradição jurídica, mesmo no campo marxista, ao circunscrever a gênese da forma jurídica – e dos aspectos dos direitos dela decorrente – no processo de pleno desenvolvimento das relações capitalistas. Isso porque é somente na sociedade regida pela universalização das relações mercantis que se generaliza o conjunto das relações jurídicas, ou, dito de outro modo, "[...] na sociedade burguesa, em contraposição à escravagista e àquela baseada na servidão, a forma jurídica adquire significado universal" (PACHUKANIS, 2017, p.65). Se no período feudal o conjunto das relações sociais assentavam-se, fundamentalmente, nos *privilégios*, na sociedade burguesa tais relações passam a estabelecer-se na lógica dos *direitos*, tendo na *forma jurídica* "[...] uma mediação real das relações de produção". (Ibid, p.64). É assim que "[...] a forma jurídica em sua versão mais desenvolvida corresponde às relações sociais burguesas capitalistas" (Ibid, p.117). É por meio desse processo, como duas faces de uma mesma moeda, que: "Ao lado da propriedade mística do valor aparece algo não menos enigmático: o direito" (Ibid, p.124). E, como argumenta o jurista russo, "[...] é justamente a propriedade, e não a família, a base da sociedade burguesa" (PACHUKANIS, 2017b, p.252).

Se tais premissas se constituírem como verdadeiras, e em o direito não se explicando por si mesmo, como uma Ciência Jurídica, mas como subproduto de determinadas relações sociais, faz-se necessário voltar a Marx em sua crítica da economia política. Isso porque, repetimos, aquele fenômeno jurídico "não se trata de uma imposição lógica, ou de uma derivação da norma, mas do produto das relações reais a que estão submetidos os sujeitos submetidos à relação capital". (PACHUKANIS, 2017, p.65). Tais sujeitos aparecem nessa sociabilidade como proprietários privados de mercadorias – uns dos meios e condições de produção, e outros, tão somente, da força de trabalho – tendo na lógica do *contrato mercantil* uma determinação fundamental.

Não se trata, pois, de determinação de uma mera escolha consciente, mas de uma condição demandada pela necessidade em virtude da qual "o produto natural se transforma em mercadoria dotada da enigmática qualidade do valor" (PACHUKANIS, 2017, p.83), transfigurando os seus possuidores em "sujeitos de direitos"[48], "encarnação mais adequada na personalidade concreta do sujeito econômico egoísta, do proprietário detentor dos interesses privados", enquanto "[...] o núcleo mais consolidado do universo jurídico" (PACHUKANIS, 2017, p.93). É sob a sombra de determinados signos jurídicos que o sujeito de direitos passa a se constituir como expressão da própria necessidade de expansão da forma-valor, que lhes exige a *liberdade*, a *igualdade* e a *propriedade*. Tais atributos são, assim, descritos por Marx:

Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. *Igualdade*, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equi-

48 Para uma análise mais detalhada, a partir do referencial pachukaniano, da forma sujeito de direitos e sua especificidade na sociabilidade capitalista, são válidas as considerações de Kashiura Jr, (2014). O leitor perceberá nesse texto uma análise diversa da que se costuma estabelecer quanto à figura sujeito de direitos, incorporada no léxico mais comum, enquanto uma determinação fundamentalmente positiva, visando diferenciar-se de uma condição desprovida de direitos. Aqui também a radicalidade da qual se vale o aporte teórico-metodológico de Pachukanis, parece constituir-se como uma importante contribuição ao debate.

valente. *Propriedade*, pois cada um dispõe apenas do que é seu. (MARX, 2013, p.250, grifos nossos).

Conduzidos por esses atributos os sujeitos de direitos interagem como "átomos da teoria jurídica", posto constituírem como "o elemento mais simples e indivisível, que não pode mais ser decomposto. (PACHUKANIS, 2017, p.117). Mais que signos lógicos, a liberdade, a igualdade e a propriedade, atributos desse *homo economicus*, figuram como: a) a liberdade de dispor das mercadorias, b) numa condição de sujeitos equivalentes (iguais), c) a partir das propriedades que possuem. Não à toa tratam-se de pressupostos elementares que estruturam os direitos civis[49], a base jurídica da expansão mercantil-capitalista. Desse modo: "O vínculo social da produção apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem de ser sujeito de direito" (PACHUKANIS, 2017, p.121).

Na análise de Pachukanis, tal qual na conformação do valor abstraem-se as determinidades concretas dos diferentes indivíduos, conservando uma propriedade comum, o *quantum* de trabalho coagulado, "cria-se a possibilidade de abstrair as diferenças concretas entre os sujeitos de direitos e reuni-los sob um único conceito genérico" (Ibid, p.125). Mais uma vez, verifica-se a especificidade desse fenômeno nos marcos do capitalismo. Enquanto no mundo feudal a igualdade entre sujeitos circunscrevia-se a esferas restritas de privilégios concretos, no mundo das mercadorias todos passam a constituir-se como sujeito de direitos. Assim diz o autor:

Apenas com o completo desenvolvimento das relações burguesas o direito adquiriu um caráter abstrato. Todo homem torna-se um homem em geral, todo trabalho torna-se um trabalho social útil em geral, *todo indivíduo torna-se um sujeito de direito abstrato*. Ao mesmo tempo, também a norma toma a forma lógica acabada da lei abstrata geral. (PACHUKANIS, 2017, p.127, grifos nossos).

---

49 Santos (2018), na investigação acerca dos direitos de cidadania, identificou a insuficiência desses pressupostos, ainda que figurem como componentes estruturantes do arcabouço geral daqueles direitos. Do mesmo modo, foi possível observar o significado da determinação estrutural da luta de classes como componente modelador daqueles pressupostos e seus derivados. Entretanto, ainda assim, o limite do conjunto dessas determinações, no âmbito do conteúdo concreto das relações jurídicas, está configurado pela própria forma que lhe abarca.

Como apontou-se, a mediação elementar que permite a igualação abstratamente jurídica desses diferentes indivíduos consubstancia-se na forma do contrato, ou no acordo entre vontades independentes. Desse modo, "o contrato é um dos conceitos centrais do direito" (PACHUKANIS, 2017, p.127). Ele acaba por estabelecer uma cadeia de vínculos sem os quais as relações jurídicas tornar-se-iriam estéreis, inclusive no âmbito do pressuposto elementar da produção e circulação de mercadorias, base do modo de produção capitalista, a exemplo da compra-venda da força de trabalho. Em Marx, essa determinação comparece do seguinte modo:

> As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, *seus guardiões* têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como *proprietários privados*. Essa *relação jurídica*, cuja forma é o *contrato*, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. (MARX, 2013, p.159, grifos nossos).

Como visto, é a existência do contrato, positivado ou não, que permite o incessante processo de circulação de mercadorias. Sua existência depende, nessa medida, da própria existência de uma forma social sob a qual se confrontam os diferentes indivíduos, encarnados na forma sujeito de direitos. A partir do legado marxiano, Pachukanis nos traz alguns elementos para pensarmos o caráter particular dessa condição sob os auspícios do capital:

> O escravo é totalmente subordinado ao seu senhor e é precisamente por esta razão que esta relação de exploração não necessita de nenhuma elaboração jurídica particular. O trabalhador assalariado, ao contrário, surge no mercado como livre vendedor de sua

> força de trabalho e é por isso que a relação e exploração capitalista se mediatiza sob a forma jurídica de contrato (PACHUKANIS, 2017, p.120).

Nas pistas apontadas pelo autor, identificamos que a generalização do trabalho assalariado é própria de uma forma social que tem como uma de suas bases a separação dos meios de produção do próprio trabalhador que só pode se reencontrar com esses elementos, proporcionando a sua própria sobrevivência como indivíduo social, alienando a sua capacidade de trabalho. Isso posto, parece patente a apreensão do fundamento do sujeito de direitos como condição de "guardião de mercadorias" (MARX, 2013), circunscrevendo seus limites na sociabilidade regida pela ordem do capital.

O pressuposto necessário à conformação dos direitos e sua generalização remete à condição universal da subjetividade jurídica. Não é acidental, portanto, que tal processo tenha seu ponto de arranque no esteio das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, tendo na Revolução Francesa e na Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) marcos importantes. É nessa medida que alguns dos pilares fundamentais dos direitos, quais sejam a *liberdade*, a *igualdade* e a *propriedade* – consagrados a partir dessas revoluções e recepcionados unanimemente nos dispostos normativos modernos – se constituam no que Marx denominou de "*verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem*. Ela é o *reino exclusivo* da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e de Bentham" (MARX, 2013, p.250, grifos nossos). Pressupostos jurídicos que, ao fim e ao cabo, são pressupostos da própria circulação mercantil, como já se apontou. A existência de direitos, portanto, não choca-se com a lógica de expansão do capital; ao contrário, a ela combina-se nos marcos da forma jurídica que lhe é inerente. Não se trata, entretanto, de homogeneizar todas as esferas de direitos. Lembre-se, por exemplo, do direito à participação política, ou mesmo o elenco de direitos sociais. O que se argumenta, a partir da leitura de Pachukanis, é, justamente, o limite de sua plena expansão, dado pelos próprios limites do capitalismo[50].

---

50 Aqui, ainda que consideremos o maior grau possível de avanço da igualdade jurídica em termos de direitos civis, políticos e socais, por exemplo, o pressuposto básico reside na desigualdade estrutural que conforma o capitalismo, insolúvel nos marcos do próprio sistema. O que tal equivalência jurídica permite é camuflar essas determinações, tornando a todos "iguais perante a lei".

EMANCIPAÇÃO HUMANA: A POSSIBILIDADE HISTÓRICA DA EXTINÇÃO DOS DIREITOS?

A essa altura, crê-se pulular na cabeça do leitor uma questão elementar. Se os direitos correspondem aos aportes fundamentais do próprio desenvolvimento capitalista, seria possível uma sociedade sem direitos? A ausência de direitos revelar-se-iria, em sentido mais vulgar, em uma completa anarquia? Como tal imbróglio comparece nas análises de Pachukanis? Longe de apontar, em nível prospectivo, todas as questões delineadas pelo autor acerca dessa possibilidade, o que convém destacar é a impossibilidade, pelos limites objetivos que foram expostos, da existência de uma sociabilidade emancipada, regida por um suposto direitos postos a serviço dos trabalhadores, inclusive no âmbito de um suposto "direito proletário". Para o jurista russo a óptica dos direitos rege-se pela óptica do direito burguês, dado que possuem uma conformação onto-genética com a própria forma mercantil-capitalista. Ora, nessa medida, a supressão das relações sociais burguesas implica na supressão das condições materiais de subsistência dos direitos. Destarte,

> A extinção das categorias (precisamente das categorias, não de uma ou outra prescrição) do direito burguês de modo nenhum significa a substituição por novas categorias do direito proletário, assim como a extinção das categorias de valor, capital, lucro etc., na passagem para o socialismo desenvolvido, não vai significar o surgimento de novas categorias proletárias de valor, capital, renda, etc. (PACHUKANIS, 2017, p.77).

Ou, dito de outro modo: "A extinção do direito burguês nessas condições significa do direito em geral, ou seja, o desaparecimento gradual do momento jurídico das relações humanas". (PACHUKANIS, 2017, p.78). Isso implicaria, então, recairmos numa completa ausência de regulamentação? No texto, o jurista russo ao assentar os fundamentos do "fenômeno jurídico" e da "regulamentação jurídica" diferencia de outras formas de convivência social assentadas em mecanismos de "regulação extrajurídica". Como exemplos históricos, cita as prescrições religiosas e a regulamentação técnica. A primeira também tende a desaparecer com a supressão das relações burguesas, enquanto que a segunda é possível de

implementação sem, contudo, recair nas amarras da estruturação jurídica. É válido pensar o papel que se pode desempenhar também no âmbito das *regulações éticas* e do *papel da moral* que, apesar de se constituírem como formas de ordenamento social, não se vinculam, *ipso facto*, aos aportes jurídicos[51]. Nesse sentido, tal qual na abordagem marxiana a mercadoria figura como um fenômeno historicamente datado, tendo sua pré-história limitada ao desenvolvimento capitalista, a partir das contribuições de Pachukanis, identifica-se o caráter limitado dos direitos. Não se trata, pois, de desqualificar seu significado histórico, inscrito na própria dinâmica da luta de classes, mas de circunscrevê-los na forma jurídica que lhe confere validade social. A radicalidade da crítica pachukaniana refere-se a desnudar quaisquer esperanças ídeo-políticias nas ilusões jurídicas; não para desconsiderá-las, mas para apreendê-las em suas possibilidades históricas.

Resgatando uma das epígrafes que abrem o presente texto, ressalta-se que: "A crítica marxista da teoria geral do direito está apenas começando" (PACHUKANIS, 2017, p.59). Entende-se que a continuidade e o aprofundamento do estudo do direito e dos direitos, sua natureza, implicações e limites, na sociabilidade capitalista constitui-se como um importante ponto de partida na apreensão dos desafios hodiernos, dado que, quanto mais são espoliados da classe trabalhadora, mais são requisitados como estratégia de enfrentamento do avanço do capital. Apreender esse significado, teórico e político, é um grande desafio ao conjunto de lutadores, cujo horizonte estratégico orienta-se pela superação das formas de exploração, dominação e opressão hoje existentes, pela emancipação humana.

Se a chave interpretativa aberta por Pachukanis fizer sentido, o limite dessas lutas, consiste, portanto, na própria forma social que dá substância à forma jurídica da qual os direitos apresentam-se como constitutivos. Não se trata, pois, de "descartá-los", como apontou-se, mas de circunscrevê-los no âmbito de uma perspectiva emancipatória mais ampla que ultrapasse o *estrito terreno dos direitos*. Trata-se do realinhamento do desenvolvimento da humanidade com a satisfação das suas necessidades a partir

51 Para uma análise acerca do papel desempenhado pela ética e da possibilidade histórica de suas regulações torna-se incontornável a obra do filósofo marxista húngaro Gyorgy Lukács, especialmente em sua monumental Ontologia do Ser Social. Sobre a relação desse debate com análise ontológica do fenômeno jurídico é possível encontrar uma abordagem elucidativa em Sartori (2010).

de uma autêntica relação entre os indivíduos e sua condição humano-genérica, distante de uma condição fetichizada e fetichizada, plasmadas na igualdade abstrata dos sujeitos de direitos.

REFERÊNCIAS

HIRSCH, J. **Teoria Materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HIRSCH, J. Restrospectiva sobre el debate. In.: BONNET, A.; PIVA, A. (org). **Estado y Capital** – El debate aleman sobre la derivacion del Estado. Herramienta, 2017. pp 27-38.

KASHIURA JR, C. N. **Sujeito de direito e capitalismo**. São Paulo: Outras Expressões/Dobra, 2014.

MARX, K. **A burguesia e a contra-revolução**. São Paulo: Ensaio, 1987.

MARX, K. O Capital. **Crítica da Economia Política**. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2013ª

MARX, K. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel. São Paulo: Boitempo, 2013b.

MASCARO, A. L. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVES, M. B. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

PACHUKANIS, E. **Teoria geral do Direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017a.

PACHUKANIS, E. **Para um exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado**. In.: PACHUKANIS, E. A Teoria Geral do Direito e Marxismo e Ensaios Escolhidos (1921-1929). São Paulo: Sundermann, 2017b.

SANTOS, P. R. F. dos. **Dos limites da cidadania crítica à crítica dos limites da cidadania** – perspectivas teóricas e projetos políticos

em disputa no Serviço Social brasileiro. (Tese). Programa de Pós--Graduação em Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SARTORI, V. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez, 2010.

SARTORI, V. O que é crítica ao direito? In.: **Para a crítica do direito** – reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Boitempo, 2015.

ENTRE IGUALDADE(S), (IN) CONSTITUCIONALIDADE, REPARAÇÃO HISTÓRICA, E OTRAS COSAS MÁS: O QUE A LITERATURA TEM A NOS DIZER SOBRE AS COTAS RACIAIS NO BRASIL.

Fernando Santos da Silva

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira consagrou o princípio da igualdade, no rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Assim, encontra-se expresso no *caput* do artigo 5°: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (...). Com isso, se reconhece que garantir a igualdade se relaciona com a ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico de todo ordenamento jurídico pátrio (MARMELSTEIN, 2013).

Nesse sentir, dentre as várias formas, o Estado brasileiro visa a concretização desse princípio por meio de políticas públicas, entendida como formas de intervenção para redução de um problema público, ou seja, de uma determinada carência ou excesso em uma sociedade (SECCHI, 2014).

As cotas raciais em universidades públicas, ou em concurso público, contam com um arcabouço de amparo normativo, nacional e internacional, constitucional e legal, no sentido de tentar acabar ou diminuir as desigualdades sociais e históricas no país.

Em 2001, o Brasil reconhece, na Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, promovida pela Organizações das Nações Unidas na África do Sul, "os efeitos do racismo e a necessidade de adoção de medidas que pudessem minimizar ou mitigar as consequências dos seus efeitos", passando a implementar mais sistematicamente uma pauta recorrente dos movimentos sociais negros: as cotas raciais (FRIAS, 2012, p. 290). Assim, a Lei Federal n° 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI e previu a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais para estudantes de graduação, contou com expressa previsão de cotas para negros. A Lei Federal n° 12.288/2010 instituiu o Estatuto Nacional da Igualdade Racial que conforme seu artigo primeiro destina-se a "garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica".

Inicialmente, as cotas raciais se deram por meio das instituições de ensino de nível superior públicas, o que culminou em abril de 2012 no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 186, onde o partido Democratas questionava as cotas raciais implementadas na Universidade de Brasília, momento no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela sua constitucionalidade. No mesmo ano, a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei das Cotas (Lei nº. 12.711, de 29 de agosto de 2012), regulamentada pelo Decreto nº. 7.824 e Portaria MEC nº 18, de 11 de outubro de 2012, que fixou a obrigatoriedade da reserva de cinquenta por cento das vagas divididas entre estudantes de escolas publicas, pobres, negros, pardos ou indígenas e a outra metade destinado à ampla concorrência.

No âmbito do concurso público, a Lei Federal n. 12.990/2014, prevê a reserva de 20% (vinte por cento) aos negros, "das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União".

Em que pese os avanços normativos, as cotas raciais ainda encontram resistência. Não raro demandas judiciais são propostas no intuito de deslegitimar e desviar a sua finalidade. É o que vem acontecendo, por exemplo, com os questionamentos a respeito das comissões de verificação racial.

Esse trabalho objetiva apresentar uma revisão de literatura - não exaustiva- do tipo narrativa, caraterizada como "apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o estado da arte de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual" (ROTHER, 2007, p. 5). Numa perspectiva interdisciplinar, levaremos em consideração as diversas construções teóricas e explicativas, sobre políticas de cotas raciais no Brasil, ressaltando seus argumentos contra e a favor, o que no revela os estudos sobre implementação, no sentido de aperfeiçoarmos essa necessária política afirmativa.

2. UM NECESSÁRIO APANHADO SOBRE O QUE SE TEM PRODUZIDO SOBRE A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO BRASIL.

Os estudos sobre políticas públicas e cotas raciais no Brasil colocam no centro do debate as nações sobre raça, racismo e discriminação racial. No século XX, as pesquisas sobre genética humana fizeram com que as ciências biológicas sepultassem o conceito de raça, tornando-o inoperante para explicar a diversidade humana, uma vez que as diferenças existentes entre grupos humanos não eram suficientes para sustentar classificações entre eles (SCHWARCZ E FRY, 2005).

No entanto, tal conceito persiste até os tempos atuais, porém não mais em seu aspecto biológico, e sim como "um conceito carregado de ideologia, pois como todas as ideologias, ele esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação" (MUNANGA, 2004, p. 6). Nesse sentido, a raça deve ser entendida como "uma construção social que procura validar projetos de dominação baseados na hierarquização entre grupos com características físicas distintas" (MOREIRA, 2019, p. 41).

As ações afirmativas são definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas, que tem como característica compensar grupos minoritários, visando o combate à discriminação, oferecendo um tratamento diferenciado para compensar as desvantagens históricas, seja como vítimas de racismo ou quaisquer outras formas de discriminação (GOMES, 2001; MUNANGA, 2001). O debate sobre as políticas de ação afirmativa, "cuja chave mestra é a cota racial, tem exposto repetidamente uma assertiva: o

racismo só pode ser combatido se o Estado reconhecer a existência real das raças no cenário social" (AZEVEDO, 2004, p. 2019).

Num país marcado pela escravidão, implantar cotas raciais é combater o racismo, percebido como:

> Uma forma sistêmica de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial a qual pertençam (ALMEIDA, 2019, Pag. 32).

No âmbito jurídico, as discussões sobre a possiblidade de cotas raciais, giram em torno da (in)constitucionalidade de tal medida, em confronto com o princípio da igualdade expresso na Constituição Federal. Ávila (2005, p. 101) alude que a igualdade poderia funcionar como regra "prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário com o fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito".

Os opositores das cotas raciais se ancoram em ideais iluministas e defendem a aplicação da igualdade apenas em seu aspecto formal, ou seja, independentemente de quaisquer diferenças sociais, culturais e históricas. Além disso, fazem uma comparação da realidade brasileira, com a norte americana, ressaltando que nos Estados Unidos da América, a discriminação foi imposta pelo próprio Estado, o que justificaria a aplicação das ações afirmativas como reposta a uma segregação institucionalizada, o que não corresponde à realidade do Brasil, que supostamente tem a democracia racial como identidade (MEIRA, 2011; KAUFMMAN, 2010, BALBACHEVSKY, 2010.).

Tais argumentos são refutados pelos que são a favor das cotas raciais. Assim, salientam a necessidade de considerarmos também o aspecto material da igualdade, para que não se produza ainda mais desigualdades e injustiças, valendo-se na máxima que devemos *tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual* (KROTH, 2001).

Nessa linha de intelecção, admite-se um conceito dinâmico de Igualdade, de modo que a proteção institucional desse direito deve ocorrer por meio do dever do Estado de não discriminar (discriminação negativa), mas também de promoção, estimulando as discriminações positivas com

o fim de reparar desigualdades socioeconômicas (MARMEINSTEIN, 2013). Com isso, a discriminação se consubstancia na prática de atribuir tratamento diferente, vantagens ou desvantagens, a determinados grupos sociais. Nem sempre a discriminação tem caráter negativo, ela é admitida de maneira positiva e recomendada para a implementação de políticas públicas, como no sistema de cotas (DUARTE, 2007; GOMES, 2011).

O julgamento pelo STF em 2012, que declarou a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades, privilegiou a concretização do princípio da igualdade em seu aspecto material, como efetivação dos direitos fundamentais, tendo por base o principio democrático, haja vista que uma democracia plena se perfaz na direção do acesso de todos os cidadãos (BAYMA, 2012).

No tocante especificamente às cotas raciais em Universidades, Munanga (2001) elenca e rebate alguns dos argumentos contrários, a saber:

1) Não se sabe quem são os negros no Brasil: Nesse ponto, o imaginário coletivo brasileiro está ainda encoberto pelo mito da democracia racial, contrariando os dados estatísticos que apontam para a exclusão do negro nos espaços de poder, devendo-se adotar o critério fenotípico e não o genético para a implementação das cotas.

2) As políticas de ação afirmativa estão sendo abandonadas nos Estados Unidos: os próprios americanos reconhecem o recuo de alunos negros após o abandono das cotas em algumas universidades. Contudo, eles utilizam de outras estratégias como a criação de universidades para os negros.

3) As cotas não são destinadas aos índios: os movimentos negros não são contra a adoção de cotas para índios, ou qualquer outra minoria, apenas reivindicam tratamento diferenciado por ser quem mais sofre como a discriminação racial no Brasil.

4) As cotas poderiam prejudicar a imagem profissional dos negros que foram beneficiados: a discriminação existe no Brasil, com ou sem cotas, mas a partir do acesso nas universidades os negros serão capazes de se defender melhor no momento das grandes concorrências, por ter adquirido um conhecimento que antes não dominavam.

5) As cotas levariam a uma degradação da qualidade de ensino: é necessário continuar a investir no aluno "cotista" depois de seu ingresso, para reparar possíveis deficiências formais e para que se viabilize sua permanência na universidade. Os alunos que entram por cotas se submetem

ao mesmo vestibular das pessoas que não se utilizam desse sistema para ingresso, o que modifica é que eles irão concorrer com pessoas com a realidade mais próxima a deles.

Moehleke (2004) pauta a discussão sobre as cotas no tocante à reforma e expansão no ensino superior brasileiro, tendo o desafio de encontrar soluções que respondam à questão das desigualdades raciais no acesso às suas instituições e na permanência nelas. Analisa a implementação do sistema de cotas raciais e sociais nos processos seletivos, comparando a realidade brasileira com a dos Estados Unidos. Conclui que apenas políticas sociais não são suficientes para resolver uma situação de desigualdade racial histórica, pois além da discriminação social, a população negra enfrenta também a discriminação racial, ou seja, existe nesse caso uma situação de dupla discriminação, sendo, portanto, os dois tipos de cotas complementares.

Estudos tomam como modelo para aplicação das cotas nas universidades do Brasil, a experiência ocorrida nos Estados Unidos da América, iniciada nos meados dos anos de 1970. Azevedo (2001) chama atenção que no Brasil existe a figura do vestibular como forma de ingresso universal. Diferentemente, nos EUA é levado em consideração, além de outros aspectos, o histórico de pessoas da família do aluno naquela universidade, existindo cotas para filhos dos membros do Conselho Superior da Universidade, por exemplo. O racismo nos EUA ocorreu de maneira explicita, sendo a categoria branco/negro mais expressa nessa sociedade, enquanto que no Brasil tivemos/temos um racismo mais velado, o que poderia influenciar na categorização de brancos e negros.

Nessa linha da comparação do Brasil com os EUA, Oliven (2007) ressalta os aspectos da formação das sociedades brasileira e norte americana. Desde a origem, os EUA se definiram constitucionalmente como uma república democrática, contrário às desigualdades históricas das sociedades da Europa (apesar disso apoiava o trabalho escravo, sobretudo no Sul do país). O Brasil, não nasce como república, mas sim como império a partir da Independência, de modo que somos seduzidos por valores mais elitistas inclusive em relação à educação. Assim, analfabetos eram privados de votar, o que afetava principalmente os pobres e negros, que não tinham tido acesso à escola. De outra banda se oferece tratamento especial ao réu que tem nível superior.

A formação do movimento por direitos civis e políticos nos Estados Unidos foi influenciada pelas lutas de libertação das colônias africanas e asiáticas do jugo europeu, com forte discurso de cidadania e constituição de nações independentes. Nesse mesmo período, no Brasil não se questionava muito a ideologia da democracia racial, falando-se pouco da desigualdade existente entre brancos e negros (OLIVEN, 2007).

No debate sobre as cotas raciais, tende a aparecer o discurso de que não importa de que cor somos, que independente disso somos todos brasileiros. Contudo, esse discurso tem servido como critério para que desigualdades sociais sejam mantidas de maneira sistêmica e estrutural. Apesar das diferenças ambas sugerem que o Brasil deve observar seus aspectos específicos e que a universidade pública não pode se ausentar da discussão da exclusão de alunos negros (AZEVEDO, 2001; OLIVEN, 2007).

Norões (2011) se debruça sobre análise da questão da implementação das cotas sociais e raciais nas universidades, dos anos de 2001 a 2010. Dessa forma, avalia que a implementação ocorreu, sobretudo pela via legislativa e pelas instancias deliberativas das instituições. Ressalta o recorte com maior adesão como sendo o Social e Racial concomitantes, no qual foi incluído bônus e cotas, o que indica que a questão puramente racial ainda é evitada, ou com pouca adesão e aprofundamento nas instâncias de deliberação e poder. Alude que apesar de toda a polêmica em torno das cotas raciais foram essas que propiciaram ou contribuíram para avanços sociais, pois para discutir as cotas raciais tornou-se necessário discutir estrutura, marginalização social e meios para modificar índices negativos em relação ao povo negro.

Frias (2012), acrescenta no debate da implementação de cotas, ao chamar atenção sobre a necessidade de verificação continua se elas são as politicas mais eficientes para atingir o objetivo e diminuir as desigualdades. Ressalta também que a universidade pública tem o dever de promover justiça social, e que critérios meritocráticos de ingresso nas universidades devem mesclados com outros critérios para estabelecer a igualde equitativa de oportunidades.

Santos (2012) traça um itinerário das cotas no ensino superior brasileiro, dos ecos de Durban (2001), até a lei de cotas (Lei nº 12.711/12), apresentando suas características e destacando o pioneirismo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Norte

Fluminense (ambas reflexos de leis estaduais de cotas), da Universidade de Brasília (primeira entre as universidades federais), Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (a primeira a oferecer cotas para indígenas) e Universidade do Estado da Bahia (pioneira na implantação autônoma do sistema de reserva de vagas para candidatos afrodescendentes em todos os cursos de graduação e de pós-graduação). Apesar de festejar as conquistas dessa política pontua preocupações, sendo necessária a ampliação de vagas nas universidades, promover melhorias na educação básica e mecanismos para a permanência, dentre outas.

Queiroz e Santos (2006) analisam o impacto desse novo sistema de ingresso, ressaltando os desempenhos dos alunos cotistas na fase do exame de vestibular, bem como o desempenho durante o curso. Contrariando, o argumento de que os alunos cotistas desqualificariam o ensino superior, o estudo aponta para o desempenho de alunos cotistas igual ou superior dos alunos não cotistas, ratificando a necessidade e ampliação dessa política pública inclusiva.

No âmbito de concurso público, os discursos contrários e a favor sobre as cotas raciais contam com pontos de confluência em relação às cotas raciais nas universidades públicas. Nesse sentido, regata-se o passado dos negros escravizados relegados a objeto durante todo o processo de desenvolvimento do país e, posteriormente, quando não lhes foi concedido qualquer contrapartida com o fim de minimizar os anos de exploração e discriminação social, com diversos reflexos nos dias atuais, notadamente em relação ao baixo grau de escolaridade e marginalização do povo negro no mercado de trabalho (CAMARGO E COSTA, 2018).

As cotas para negros em concurso público também não é medida com aceitação pacífica, e encontram vários argumentos contrários, alguns deles iguais aos apresentados quando das cotas em universidade pública. Nesse sentido, fala-se sobre a necessidade de cotas sociais e não de cotas para negros, com o argumento de que brancos pobres sofrem também sofrem discriminação social, desprezando a dupla discriminação sofrida pelos negros pobres: a primeira por ser negro e a segunda por ser pobre, de modo que em relação à sua primeira condição sempre irá existir, independente da classe social. Apostam também no mito da democracia racial e na mestiçagem, para negar o racismo existente no Brasil e na dificuldade de se aferir quem é negro (LIMA, 2016).

A questão da aferição dos destinatários das cotas raciais aparece, portanto, tanto nas cotas para as universidades, como para concurso público. Nesse particular, movimentos contrários às bancas ou comissões de heteroidentificação, têm as chamado de "tribunais raciais". Essas comissões surgem com o intuito de confirmarem a autodeclaração feito pelo candidato às cotas, no intuito de evitar fraudes.

Nunes (2018) analisa a responsabilidade dos procedimentos adotados pelos gestores de ações afirmativas, quando da constituição de comissões de verificação de autodeclaração étnico-racial para ingresso em carreira pública federal e na universidade pública. Nesse sentido, discute conceitos, tais como de raça, racismo, mestiçagem e identidades, bem como a categoria do pardo nesses processos de verificação, ressaltando a necessidade da gestão das ações afirmativas terem um olhar voltado para o combate ao racismo.

Um argumento analisado por FONTOURA (2018) é o de "tirar vovó e o vovô do armário", no sentido de serem enquadrados nas cotas por conta de terem familiares negros, mesmo que a herança racial fenotípica, não tenha sido passada para esses candidatos.

Estudos indicam as comissões de verificação racial não só como um direito, mas como um dever da administração pública para coibir a falsidade das autodeclarações raciais. O Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADPF n° 186, e na ADC N°41, entende que a autodeclaração não tem caráter absoluto, legitimando a existência de mecanismos que comprovem o quão autodeclarado, haja vista os números cada vez mais crescentes falsidades (COSTA, 2018; VAZ, 2018).

Nesse sentido, apesar de a autodeclaração ser um ponto de partida legítimo quanto ao pertencimento de grupos raciais e indenitários destinatários das ações afirmativas, a heteroidentificação visa dissipar eventuais dúvidas, com o fim de que o objetivo das ações afirmativas não seja desvirtuado. Desse modo, Rios (2018, p. 215) assevera que o papel da comissão de verificação racial não se confunde com lugar para a "confirmação de percepções subjetivas ou satisfação de sentimentos pessoais, cuja legitimidade não se discute nem menospreza, mas que não vinculam, nem podem dirigir, a política pública".

Entendendo a necessidade dessas comissões de verificação, a jurisprudência tem fixado alguns parâmetros que devem está previamente estabe-

lecidos nos editais dos certames públicos, como estabelecer de maneira objetiva critérios de definição racial (fenótipo), número de vagas, meios claros e delineados de superação de dúvidas acerca da condição, oportunizar a ampla defesa e o contraditório sempre que concluírem por atribuição identitárias diversa daquela autodeclarada, decisão devidamente fundamentada, por maioria de votos, dentre outros elementos, a fim de que a implementação da política pública de cotas, efetive direitos consagrados pela constituição e demais instrumentos normativos, na construção de uma sociedade que supere preconceitos, discriminações e desigualdades étnico-raciais (JARDIM, 2018).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cotas raciais passaram de uma demanda dos movimentos sociais negros, para uma concreta política pública, materializada pelo conjunto normativo nacional e internacional, acrescentando na agenda pública do país a democratização do ensino superior e dos cargos públicos.

O principal argumento jurídico em relação às cotas raciais, qual seja a suposta violação do princípio da igualdade, como já pacificado pelo STF, não se sustenta. Muito pelo contrário, em nome da isonomia é que se admitem tratamentos diferentes entre as pessoas (discriminação positiva), em consonância com os objetivos da Constituição Federal, com vistas a redução das desigualdades.

As cotas raciais nas universidades inauguram esse tipo de política pública no Brasil, visando oferecer igual oportunidade de ingresso para uma educação universitária de qualidade, que apesar de ser pública, ficava adstrita majoritariamente a seguimentos raciais brancos. Argumentos contrários no tocante à suposta queda no nível da universidade, ou que alunos cotistas não conseguiriam acompanhar o curso universitário, caiu por terra. Como aludido no decorrer deste trabalho, estudiosos apontam rendimentos dos alunos cotistas melhores ou bem próximos dos alunos que não se utilizaram da política de cotas para ingresso.

O pano de fundo das cotas raciais em concurso público guarda relação com as cotas nas universidades, ou seja, leva em consideração o baixo número de negros ocupantes de cargos públicos, e a marginalização desse

grupo no mercado de trabalho, de modo que é dever do Estado equacionar essas desigualdades sociais.

Apesar de se esconder por trás de um debate sobre igualdade(s), (In) constitucionalidade, qualidade de ensino ou do serviço público, dentre outros, o que está em jogo nessa discussão é qual nação queremos construir a partir de agora. Se continuaremos a manter o *status quo* de grupos raciais historicamente dominantes, ou se remaremos contra o racismo a fim de diminuir desigualdades histórico-raciais.

As cotas raciais não são um fim em si mesmo, pouco menos uma solução ideal, mas é uma via possível adotada para diminuir a discrepância entre brancos e negros, há muito existente na sociedade brasileira. Dessa forma, ela não exclui outras medidas no sentido de tornar a sociedade mais igualitária, pelo contrário, soma-se a elas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural.** São Paulo: Sulei Carneiro; Pólen, 2019.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídico**s. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho. Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça?. **Cadernos de pesquisa**, v. 34, n. 121, p. 213-239, 2004.

_____. Cotas raciais e universidade pública brasileira: uma reflexão à luz da experiência dos Estados Unidos. **Projeto História:** Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, v. 23, p. 347-358, 2001.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Cotas raciais, não! Cotas associadas ao nível de renda, sim. **Revista da Adusp,** São Paulo, n. 47, p. 26-28, 2010.

BAYMA, Fátima. Reflexões sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. **Ensaio:** Avaliação e Políticas Públicas em Educação, v. 20, n. 75, p. 325-345, 2012.

CAMARGO, Daniela Arguilar; DA COSTA, Marli Marlene Moraes. COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS: UMA FORMA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA OU DE DISCRIMINAÇÃO REVERSA?. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 18, n. 1, p. 65-85, 2018.

COSTA, Najara Lima. Implementação da lei de cotas raciais nos concursos públicos federais: análises dos processos de execução da ação afirmativa. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:** dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 80-106.

FONTOURA, Maria Conceição Lopes. Tirando a vovó e o vovô do armário. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:** dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 107-140.

FRIAS, Lincoln. As cotas raciais e sociais em universidades públicas são injustas?. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, p. 130- 156 2012.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e principio da igualdade**: O direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

JARDIM, Silvio Guido Fioravanti. Cotas Raciais nos concursos públicos: edital e jurisprudência. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:** dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 215- 250. p. 194-214.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. A desconstrução do mito da raça e a inconstitucionalidade de cotas raciais no brasil. **Revista Direito Público**. Brasília, V. 8, N. 36, p. 18-54, 2011.

KROTH, Vanessa Wendt; NETO, Daniel Lena Marchiori. Políticas de cotas para afrodescendentes no Brasil: considerações sobre a consti-

tucionalidade e a finalidade de sua adoção. **Em Tese**, v. 3, n. 1, p. 18-43, 2006.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 271, p. 281-315, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRA, André Vinícius Carvalho. O princípio da igualdade e as cotas raciais no Brasil. **Alethes:** Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF, Juiz de Fora: DABC, 2011.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. **Educação & Sociedade**, v. 25, n. 88, p. 757-776, 2004.

MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. **Sociedade e Cultura**, vol. 4, núm. 2, 2001, p. 31-43.

_____. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, Andre Agusto P. (Org). **Cadernos Penesb**, n.05, Niterói: Editora Univeridade Federal Fluminense, 2004. P. 6.

NORÕES, Katia Cristina. **Cotas raciais ou sociais? trajetória, percalços e conquistas na implementação de ações afirmativas no ensino superior público - 2001 a 2010.** 2011. 276 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/250971>. Acesso em: 20 ago. 2018.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação**, v. 30, n. 61, p. 29-51, 2007.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas; SANTOS, Jocélio Teles dos. Sistema de cotas: um debate. Dos dados à manutenção de privilégios e de poder. **Educação e sociedade**, vol. 27, n.96, pp.717-737, 2006.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e Pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:** dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 215- 250.

ROTHER, Edna Terezinha. Revisão sistemática X revisão narrativa. **Acta paulista de enfermagem**, v. 20, n. 2, p. 5-6, 2007.

SANTOS, Adilson Pereira. Itinerário das ações afirmativas no ensino superior público brasileiro: dos ecos de Durban à Lei das Cotas. **Revista de Ciências Humanas**, v. 8, n. 2, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; FRY, Peter. **A persistência da raça: ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SECCHI, Leonardo. Instrumentos de políticas públicas. In: BOULLOSA, Rosana de Freitas (org.). **Dicionário para a formação em gestão social**. Salvador: CIAGS/UFBA, 2014. p. 103-105.

VAZ, Lívia Maria Santana e Sant'anna. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JR, Paulo Roberto Faber (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:** dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 32-79.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E OS EFEITOS JURÍDICOS DE SUA DESCONSTITUIÇÃO

Oberdan Bastos de Souza
Cláudia de Moraes Martins Pereira

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, houve uma ruptura de paradigma no que se referia a filiação legítima e a filiação biológica. Nesse sentido, as mudanças decorrentes da Carta Magna, cujos reflexos incidiram diretamente no novo *Codex* de 2002, trouxeram uma nova concepção de filiação, desvinculada do estado civil dos pais ou dos laços de sangue, que até então eram predominantes.

Assim, nesse novo olhar sobre a filiação no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a intenção do legislador foi de estabelecer um conceito de paternidade/maternidade em que se distingue, com clareza, a "paternidade/maternidade biológica" e a fundada em "laços afetivos". Pai/mãe, portanto, são aqueles que assumem os deveres inerentes à paternidade/maternidade, ainda que não sejam os genitores.

Nessa seara, há de se entender que a proteção da paternidade/maternidade socioafetiva decorre eminentemente do princípio da afetividade, segundo o qual, o afeto, como valor intrínseco à dignidade da pessoa humana e da solidariedade, deve ser entendido como o elemento de regência das entidades familiares.

Abraçando esse novo paradigma, na ciência que este tipo de relação paterno-filial está em consonância com o ordenamento jurídico nacional e

que deve o Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem, é que foram editados os provimentos 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça, com o fito de desburocratizar o rito processual de quem deseja tornar-se pai/mãe socioafetivos.

Ainda assim, inúmeras questões se desdobram diante dessa nova configuração familiar baseada em um critério tão subjetivo e, ao mesmo tempo, volúvel, haja vista que, mesmo as relações calcadas em afeto, podem sofrer alterações significativas no decorrer do tempo. Assim é que esse trabalho visa discorrer sobre os casos em que, embora se tenha constituído uma relação paterno-filial socioafetiva, e, em algum momento, haja a quebra deste vínculo, quais seriam as consequências jurídicas pessoais ou patrimoniais no caso de alguma das partes (genitor ou filho) levar uma questão de tão profunda e subjetiva análise ao poder judiciário.

Para tanto, será necessário inicialmente demonstrar a mudança de paradigma no que se refere ao conceito de filiação, que ocorreu antes do Código Civil de 1916 até o advento da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Em sequência, discorrer-se-á sobre a paternidade socioafetiva, de forma a demonstrar os elementos que constituem a chamada "posse do estado de filho", e ainda, os principais valores constitucionais sobre os quais se assentam a nova configuração familiar.

Por fim, verificar-se-á se existe a possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva, bem como os principais efeitos jurídicos extrapatrimoniais e patrimoniais dela decorrentes.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FILIAÇÃO

Para se permitir uma eficaz apreensão do moderno conceito de filiação, faz-se imperiosa a contextualização da trilha de evolução do entendimento e tratamento dado a essa concepção. Consoante o entendimento de Carvalho (2019, p. 561), a "desigualdade entre os filhos é fato histórico na humanidade", tendo em vista que segundo o referido autor, mesmo na família constituída pelo matrimônio e biológica, privilegiava-se o filho homem e mais velho, historicamente justificado para "manter a família forte e poderosa economicamente".

Nesse sentido, diz Carvalho (2019, p. 563) que a essência da família em questão era a autoridade do *pater famílias,* ao qual se subordinavam os demais membros. Segundo Farias e Rosenvald (2014, p. 573), a concepção acerca do conceito de família que se assentou no vínculo do matrimônio "monogâmico e indissolúvel" foi influência decisiva do Direito Canônico.

Contudo, explica Carvalho (2019, p. 567) que o rigor do Direito Canônico foi sendo afastado em detrimento dos costumes e pela jurisprudência, "especialmente nas ações de alimentos, sendo admitido por volta do século XVII prova de paternidade para a concessão de pensão alimentícia, mas sem reconhecimento do parentesco".

No Brasil, conforme Fujita (2011, p. 17), até a introdução do Código Civil de 1916, vigoravam as chamadas Ordenações Filipinas. Foram nelas que se teve a primeira menção à filiação, sendo inclusive feita a distinção desde aquela época entre a filiação legítima e a filiação ilegítima, que se dividia em filhos espúrios e naturais (decorrentes de casais solteiros e desimpedidos de contrair casamento).

Ressalva o mesmo autor que os filhos ilegítimos espúrios (incestuosos, adulterinos e sacrílegos) podiam, no máximo, promover ação de investigação de paternidade, visando tão somente à obtenção de alimentos, porém sem direito à sucessão *causa mortis.* Os filhos ilegítimos naturais, a outro giro, conquanto tivessem direito à sucessão testamentária, eram proibidos de fazer parte da sucessão legítima.

Como observado alhures, o tratamento jurídico concedido aos filhos naturais e legítimos foi se adaptando às mudanças sociais e legislativas. Não obstante o Código Civil de 1916 tenha avançado na tentativa de aproximar o texto legislativo de uma busca pela não discriminação entre os filhos, não logrou êxito em seu intento.

Assim também pontua CARVALHO (2019, p. 574) ao explicar que o Código de 1916, na linha adoção do Direito Canônico, conferia legitimidade aos filhos vinculada ao casamento dos pais, independente do vínculo biológico zçque possuíam, estabelecendo direitos diferentes aos filhos oriundos do matrimônio e não matrimônio.

Portanto, o conceito de filiação ainda era fruto de um olhar discriminatório, pois o diploma em tela definia os filhos em conformidade com o estado civil dos pais, consoante se observa:

> Os filhos eram classificados em *legítimos*, se oriundo do casamento dos pais (Art. 337); *legitimados*, em razão do casamento posterior dos pais e igualando aos legítimos (art. 352 e Art. 353); *ilegítimos (*ou bastardos), que se dividiam em *naturais*, quando não existiam impedimentos para o casamento dos pais e podiam ter a paternidade reconhecida; *incestuosos,* quando existiam impedimentos para casamento dos pais em razão de parentesco; e *adulterinos,* quando um dos pais (ou ambos) era casado com terceira pessoa; e *adotivo* ou *civil,* quando resultasse de adoção. (CARVALHO, 2019, p. 569-570)

Os filhos naturais poderiam ser posteriormente legitimados caso os pais se casassem, bem como poderiam ter a paternidade reconhecida espontânea ou juridicamente, consoante expressamente autorizava o art. 355 do referido *códex*: "O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente."

Segundo Gonçalves (2014, p. 321), o casamento entre os pais "tinha este o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sidos concebidos após as núpcias.", em consonância com o art. 352 do código ora estudado, onde se lê: "Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos." A legislação mantinha a desigualdade entre os filhos, ao asseverar que filhos incestuosos e adulterinos não poderiam ser reconhecidos.

Doutra banda, Fujita (2011, p. 21) trata sobre outros diplomas legais que alteraram alguns dispositivos presentes no Código Civil. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1937 teve sua relevância, tendo em vista que em seu art. 126, equiparou os filhos naturais e os filhos legítimos.

Por sua vez, segundo o mesmo autor, o Decreto-lei n° 3.200, de 19 de abril de 1941, estabeleceu no seu art. 14, a proibição de fazer constar em suas certidões de registro civil a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a pedido do próprio interessado ou em decorrência de determinação judicial. O Decreto-lei n° 4.737, de 24 de setembro de 1942, deixou aberta a possibilidade de se reconhecer de forma voluntária ou forçada, os filhos adulterinos após o desquite de seu pai ou de sua mãe.

Também declara o autor que o art. 348 do Decreto-lei n° 5.860, de 30 de setembro de 1943, assentou que só seria possível reivindicar estado

contrário ao que resulta do registro de nascimento, se provado erro ou falsidade de registro.

Fujita (2011, p. 24) explica, ainda, que através da Lei n° 4.655, de 2 de junho de 1965, em seu art. 9º, passou-se a reconhecer ao legitimado adotivo direitos e deveres iguais aos do filho legítimo, exceto nos casos de sucessão, caso concorresse com o filho legítimo superveniente à adoção.

Por fim, ainda consoante Fujita (2011, p. 24) na Lei conhecida como "Lei do divórcio", qual seja, n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi permitido que, por meio de testamento cerrado, fosse reconhecido filho nascido fora do matrimônio, bem como o direito à herança de filho, de maneira independente da origem da filiação.

Assim é que se observa que no tracejado histórico brasileiro, acerca da construção do conceito de filiação, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que irradiou para os diplomas infralegais novos princípios norteadores de Direito de família, dentre os quais o da afetividade, solidariedade e reciprocidade, levando em consideração a existência de novos arranjos familiares, baseado em laços afetivos, é que houve a ressignificação da finalidade do núcleo familiar.

2 A PATERNIDADE/MATERNIDADE SOCIOAFETIVA: A CRIAÇÃO DE NOVOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FAMILIARES

Como discorrido anteriormente, durante muitos anos entendia-se que para o sentido legal da palavra pai, no sentido amplo, era o biológico, devido os laços consanguíneos. Contudo, a nova estrutura social brasileira sofreu mutações nos costumes e nos conceitos sobre diversos temas jurídicos, dentre eles a estrutura familiar, resultando no reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da multiparentalidade e da possibilidade da filiação socioafetiva e biológica coexistirem, diante de significativa evolução. Madaleno (2018, p. 509) defende que:

> O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre um fruto do indesejado acaso, obra de um descuido e da pronta rejeição.

Neste entendimento, constatou-se que a maternidade e paternidade possuem um significado muito mais que biológico, apoiando-se na verdade afetiva, na vontade plena de ser pai e mãe com verdadeiros e puros laços de afeição. Hoje, não há possibilidade de pensar na constituição de uma família com inexistência de afeto, que é um dos pilares para que os membros possam desenvolver relações de proteção, respeito e cuidado.

Contribuindo com esse pensamento, Carvalho (2019, pág. 586), explana:

> A pessoa possui plena liberdade individual de afeiçoar-se a outro ou não, mas afeiçoando e exteriorizando o afeto, criando relações familiares, gera responsabilidade, como ocorre na união estável, com expressa previsão legal, e obriga em razão do princípio da solidariedade, do compromisso com a dignidade da pessoa humana.

A legislação brasileira, ensina Lôbo (2006, p. 46), prevê quatro tipos de estado de filiação, que decorrem das seguintes origens: a) por consanguinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) em virtude de posse de estado de filiação. Desses, diz o autor que o direito brasileiro não permite que o estado de filiação não consanguíneo, ou seja, citados nas alíneas *b* a *d*, sejam contraditados por investigação de paternidade, com fundamento na ausência de origem biológica, posto serem irreversíveis e invioláveis, no interesse do filho, quando devidamente consentido pelo genitor.

Lôbo (2004, p. 49) sustenta, ainda, que a posse de estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho, tendo ou não vínculo biológico com o pai/mãe. Parte da doutrina explica o critério socioafetivo equivalendo esse conceito ao da "posse de estado de filiação" ou "posse do estado de filho".

Porém, apesar de serem conceitos interligados, ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR (2012, p.364) assim os diferenciam: "de uma forma simplificada, entende-se que a posse de estado se insere no parâmetro socioafetivo de filiação, mas não o resume", descrevendo que a posse do estado materno ou paterno-filial se funde em três elementos, a saber: *Tractatus* (que se perfaz na forma do tratamento entre pais e filhos, especialmente no que tange à assistência material e psíquica), *nomem* (uso do

patronímico do pai ou mãe) e a *fama* (que diz respeito ao conhecimento público sobre a relação paterno-filial).

Assim é que o afeto passou a ser, então, uma variante de discussão em tribunais e entre doutrinadores, pois obriga e atribui vínculos aos indivíduos da relação socioafetiva. Uma parte da doutrina considera a afeição como princípio jurídico, diverso de outra, que o encara apenas como um ato de voluntariedade. Apoiando esta segunda corrente, Farias e Rosenvald (2014, p.574) afirmam: "Ninguém é obrigado a gostar, a nutrir afeto por outra pessoa, mesmo que seja de sua própria família. Daí a fácil e serena conclusão de que o afeto não tem força vinculante, normativa".

Além do afeto, ensina Lôbo (2013, p. 03) que a Constituição Federal e o Direito de Família brasileiros possuem como pilares fundamentais e estruturantes a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Nesse sentido, os referidos princípios fazem parte "do núcleo essencial irredutível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros".

Oliveira e Santana (2017, p. 92) assinam que a nova ordem constitucional demonstra preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana à medida em que ele trouxe "absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano; evitando-se, assim, consequências como a perda de direitos sucessórios e de reconhecimento da paternidade, sendo ela biológica ou afetiva".

Bem por isso, Marques e Souza (2017) asseveram que, à luz do direito de família considera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui estreita correlação com os direitos da personalidade, direitos estes subjetivos que são inerentes à pessoa, dentre os quais cita o direito ao nome, à filiação, à privacidade, à saúde, aos alimentos.

Ademais, no que concerne ao princípio da solidariedade, essencialmente no âmbito familiar, Lôbo (2013, p. 01), a conceitua como "um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos".

Nas palavras de Lôbo (2013, p. 04) a solidariedade familiar é "fato e direito; realidade e norma". As pessoas mantêm a convivência familiar baseada no afeto e responsabilidades recíprocos e não (mais) por "submissão a um poder incontrariável", como se tinha outrora.

Como corolário lógico da solidariedade familiar, exsurge, como uma via de mão dupla, a obrigação de prover a subsistência entre ascendentes e descendentes, que se traduz na própria sobrevivência da pessoa. É o direito à vida e à dignidade, essenciais a todos os seres humanos, que é resguardado pela solidariedade da reciprocidade.

A reciprocidade, que se encontrada fundamentada no art. 1.696 do Código Civil vigente, traduz-se então, na ajuda e cooperação mútuas entre seus membros, que garante a subsistência e o padrão de vida de seus integrantes.

Diante de todo o exposto, é de se observar que qualquer norma infraconstitucional concernente ao direito de família necessita de interpretação que se coadune com os dois grandes princípios basilares do direito de família, já mencionados: princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da solidariedade, bem como dos princípios gerais aplicáveis às relações familiares.

2.1 OS PROVIMENTOS 63 E 83 DO CNJ

Na esteira dessa nova ótica sobre o rompimento do paradigma de filiação puramente biológica e adoção de um novo molde familiar, baseado na relação de afeto, bem como para materializar o comando constante noart. 227, § 6º da Constituição Federal, que diz que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", o Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de desburocratizar os meios de obtenção de filiação socioafetiva, editou o provimento 63, para assim normatizar o reconhecimento extrajudicial da paternidade e maternidade socioafetiva.

O presente dispositivo trouxe modelos únicos para a certidão de nascimento pelos cartórios e dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, assim mencionado no despacho do dispositivo. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, afirmou: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Re-

curso Extraordinário 898.060/SC, Rel. ministro Luiz Fux, julgado em 21/9/2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

No entanto, em 14/08/2019, o CNJ resolveu alterar a Seção II do Provimento nº 63, sobre paternidade e maternidade socioafetiva. De acordo com a nova redação, regulamentada no Provimento nº 83, foi autorizado aos Cartórios de Registro Civil o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva de pessoas acima de 12 anos, sendo que esse reconhecimento no provimento anterior era autorizado para pessoas de qualquer idade.

A existência do vínculo afetivo deverá ser atestada pelo registrador mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos. Segundo o Corregedor Nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, que assinou o Provimento 83:

> O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; entre outros[52].

A ausência de tais documentos não gera impedimento de registro, desde que justificada a impossibilidade pelo registrador, que deverá atestar como apurou o vínculo (art. 10-A, § 3º). Os documentos colhidos na apuração deverão ser arquivados juntamente com o requerimento. (art. 10-A, § 4º)

Outra alteração relevante realizada pelo novo provimento é na questão do filho menor de 18 anos, onde o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. (art. 10, § 4º).

Atendidos os requisitos para o reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva, o registrador deverá encaminhar o expediente ao representante do Ministério Público para parecer, o qual sendo for favorá-

52 http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/89392-filiacao-socioafetiva-em-cartorios-sera-para--pessoas-com-mais-de-12-anos

vel, o registro será realizado, e, sendo desfavorável, seráarquivado. Havendo eventual dúvida o caso será encaminhado ao juízo para dirimir.

3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA (POSSÍVEL) DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Até recentemente havia um entendimento pacificado nos tribunais no sentido de não ser possível, através de ação de negatória de paternidade, desconfigurar o vínculo entre pai e filho constituído pela afetividade. É esse o raciocínio de Lôbo (2006, p .799), ao afirmar que quando um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só seria cabível quando não houvesse paternidade (biológica ou socioafetiva), nunca para desfazê-la.

No entanto, por considerar que houve um vício de consentimento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento, em sede de recurso, para permitir que o nome de um homem fosse retirado do registro de nascimento da criança na qual ele constava como pai, mesmo após cinco anos de convívio. Pondere-se que tal decisão levou em consideração o fato de que, embora a relação entre pai e filha tenha perdurado cinco anos, o pai registral rompeu os laços de afetividade tão logo tomou conhecimento da inexistência de vínculo biológico com a criança, que acreditava ser sua filha[53].

Na visão de Valadares (2015, p. 368-369), mesmo não existindo uma norma jurídica clara a esse respeito, através da visão de que a paternidade/maternidade é determinada por um critério de socioafetividade, conclui-se que quando tal conceito não se materializa, a paternidade/maternidade se esvazia.

Assim é que, na desconstituição da paternidade, nesse caso da socioafetividade, ocorrerá a alteração no registro civil da criança (ou adulto), com a retirada do nome do pai ou mãe socioafetivos. Contudo, explique-se que a desconstituição do poder familiar, fundada no abandono material, moral e afetivo, que encontra amparo no artigo 1.638, II,

53 https://www.conjur.com.br/2015-fev-24/stj-autoriza-desconstituicao-paternidade-anos--convivio

do Código Civil, deverá ser proposta por uma ação de retificação com o pedido de alteração do registro civil[54].

Sendo a socioafetividade um dos critérios para reconhecimento do vínculo de parentesco de "outra origem", a que se refere o artigo 1.593, do Código Civil, e que, portanto, produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural, entre os quais, ensina Barboza (2013, p.8) a criação do vínculo de parentesco na linha reta e na colateral (até o 4º grau), e permite a adoção do nome da família, gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para o casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos e a criação do vínculo de afinidade.

Quanto ao que se refere ao dever de prestar alimentos, importa, inicialmente, diferenciar a referida obrigação do dever de sustento. Segundo Dias (2011, p. 533), pai não deve alimentos ao filho menor, deve sustento. Isto porque, segundo o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade", sendo um dos deveres inerentes ao poder familiar, conforme o artigo 1.634, inciso I do Código Civil e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Depreende-se, diante do exposto, que ao se desconstituir a paternidade por ausência de socioafetividade, deixaria o pai de estar obrigado a prover o sustento do filho menor, bem como, caso fosse o pai que exigisse alimentos de seu filho após este atingir a maioridade civil, não poderia invocar a reciprocidade para obrigar o filho a pagá-los, tendo em vista que não cumpriu sua obrigação paterna quando necessário. Dias (2011, p.518) justifica que "a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto ético". Assim, o pai que que não cumpre deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar com o fim de pleitear alimentos dos filhos.

Quanto aos direitos sucessórios, é necessário dizer que Oliveira e Santana (2017, p. 109) preconizam que "o filho socioafetivo é um des-

54 PRÓTON, Sara. **Desconstituição da Paternidade: um direito da criança, do pai ou da mãe?**Jusbrasil.com.br. mar 2019. Disponível em: <https://saraproton.jusbrasil.com.br/artigos/676605984/desconstituicao-da-paternidade--um-direito-da-crianca-do-pai-ou-da-mae>Acesso em 22 de set de 2019.

cendente, não necessitando ser favorecido por meio de um testamento para evidenciar a sua filiação a fim de que possa ser reconhecido como herdeiro", pois caso contrário haveria afronta total ao ditame do art. 227, § 6°, da Constituição Federal. Posto isto, o raciocínio inverso nos leva à conclusão de que, caso haja a desconstituição da paternidade socioafetiva, haverá a perda dos direitos sucessórios.

Por tudo o que se observa acima, extrai-se que a intenção do legislador foi de que não apenas o parentesco biológico gera efeitos jurídicos e sociais, mas também aquele fundado na socioafetividade. Porém, quando por algum motivo se esvai a afetividade na relação paterno-filial, deve-se ponderar se a paternidade/maternidade não deve ser destituída, sob risco de gerar efeitos futuros indesejáveis para os envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual conceito de família é hoje tecido nas complexas e múltiplas teias afetivas e solidárias que envolvem seus membros. Constitui-se em um dos maiores avanços do direito brasileiro, encontrando na dignidade humana, na afetividade, na solidariedade e na reciprocidade familiar, os pilares nos quais não se assenta mais apenas a verdade biológica, mas aquela que se constrói no decurso do tempo, através da convivência duradoura.

Embora a corrente majoritária esteja assentada na percepção que uma convivência familiar duradoura e contínua, consolidada pelos cuidados diários, não pode ser impugnada/desconstituída por uma ação negatória de paternidade, fato é que em decisão recente proferida em sede de recurso pela 3ª Superior Tribunal de Justiça, mitigou-se a premissa da impossibilidade de desconstituição de paternidade de natureza socioafetiva.

Assim é que a análise do caso em comento revela que a paternidade, embora seja opção, não deixa de ser um direito-dever, portanto um *"munus"*, implicando em direitos e em deveres recíprocos. Se o genitor, de forma espontânea, passa a não mais cumprir os deveres decorrentes do poder familiar, e deixa de exercer sua função paterna, resta esgotado o instituto da socioafetividade.

Os efeitos jurídicos desta desconstituição podem ser sentidos tanto na esfera pessoal do indivíduo, notadamente no que se refere a não mais poder utilizar o patronímico do familiar em questão e a desconstituição

do vínculo de parentescos civis (e, por vezes também socioafetivos) até então existentes, quanto na esfera patrimonial, sendo os mais relevantes de serem mencionados os efeitos na prestação de alimentos e no direito sucessório.

Porém, para além destes, um importante debate a ser levantado é o prejuízo emocional que ocorre caso haja crianças (e em muitos casos, mesmo sendo adultos) envolvidas no processo de desconstituição da paternidade socioafetiva, o que certamente gera a sensação de insegurança, frustração e abandono, travestindo-se em situação traumática para a identidade de pessoas ainda em desenvolvimento. Deve, assim, o julgador debruçar-se no caso concreto, tendo a sensibilidade para sopesar todos estes efeitos que serão suportados pelo indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloísa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, v.2, n. 24, 2013, p. 01-15, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/7284/6376> Acesso: 20 set 2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069,** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set 2019.

CARVALHO, Dimas de Messias Carvalho. **Direito das famílias**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. V6; 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direto civil brasileiro, parte geral**. Vol. 1. 9. ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista CEJA. Brasília, v. 8, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria> Acesso: em 20 set 2019.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ**. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n. 339, p. 45-56, jan. 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf> Acesso: 21 set 2019.

_____. **Princípio da solidariedade familiar**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 26 set. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de famílias**. 8ª Ed. São Paulo: Forense, 2014.

MARQUES, Vinícius Pinheiro; SOUZA, Nadhya. **Socioafetividade: O valor jurídico do afeto e seus efeitos no Direito pátrio**. Revista jurídica jus.com.br, out 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61148/socioafetividade-o-valor-juridico-do-afeto-e-seus-efeitos-no-direito-patrio> Acesso em 21 de set de 2019.

OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan; SANTANA, Ana Cristina Teixeira de Castro. **Paternidade Socioafetiva e seus efeitos no direito sucessório**. Revista Jurídica Uniaraxá, v. 21, n. 20, p. 87-115, ago 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bi-

bli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%-C3%81_21_n.20.04.pdf> Acesso em 21 set 2019.

VALADARES, Isabela Farah. **Da desconstituição da paternidade por ausência de socioafetividade.** Revista jurídica Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 355 - 374, jan./jun. 2015. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1701/1616+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 15 set 2019.

DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO FAMILIAR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL

Renata Gabrielle Silva de Lima

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) aprovada pela ONU – Organização das Nações Unidas –, no contexto do final da Segunda Guerra Mundial, explana que os direitos humanos são direitos iguais e inalienáveis que reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana, sendo tais direitos o fundamento da liberdade.

Neste ínterim, é perceptível a necessidade de proteger os seres humanos das atrocidades cometidas por outros indivíduos, mas essencialmente resguardar um dos principais fundamentos dos direitos humanos (art. 1º, inciso III da Carta Magna), a chamada dignidade da pessoa humana, conceituada–embora isto seja uma difícil tarefa– por Valdês (1990 **apud ROSENVALD, 2005**) como ''a razão de ser do direito e fundamento da ordem política e paz social''.

Mediante a especificidade, é preciso atentar-se para os direitos das crianças e adolescentes, pois os mesmos são um dos mais vulneráveis da pirâmide etária. Por isto, alguns documentos extremamente importantes como: A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, A Convenção sobre os Direitos das Crianças e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram criados para a proteção dos acima referidos.

As Políticas Públicas são denominadas como um conjunto de ações, programas e resoluções de responsabilidade governamental (nacionais, estaduais ou municipais) com a participação direta ou indireta, de entes públicos privados que visam assegurar o direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para um grupo específico. Desta maneira, o

ECA trouxe em seus artigos diversas políticas públicas em prol dos protegidos por este estatuto.

A família é à base da sociedade, portanto é a principal formadora de caráter das crianças e adolescentes, e as primeiras que deveriam resguardar os direitos das mesmas, contudo nem sempre isto perpassa a realidade. O Estado também possui um papel relevante no auxílio a essas famílias, protegendo-os dos abusos cometidos e cerceamento de direitos no âmbito familiar mediante as políticas públicas.

O objetivo deste artigo é explanar sobre algumas políticas públicas existentes para a população infantojuvenil, especificamente no convívio familiar, analisando os seus avanços e desafios enfrentados, trazendo algumas sugestões para a ampliação dos mesmos e assim haverá melhoria na qualidade de vida desta parcela de indivíduos.

O método utilizado foi dedutivo e a pesquisa explicativa com uma abordagem qualitativa da temática. Inicialmente será exposta a relação dos Direitos Humanos (DH) e as políticas públicas no Brasil, o segundo tópico demonstrará DHs existentes para esta parcela da sociedade, analisando seu contexto histórico e por fim será explanado o objetivo abordado anteriormente.

1. Direitos Humanos e as políticas públicas no Brasil

Com a revolução francesa de 1789, a necessidade de formalizar os Direitos Humanos foi aumentando. E assim sobre as bases da mesma (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) surgiram os direitos de 1º dimensão – liberdade– o Estado deveria dar uma prestação negativa, ou seja, não se envolver nas relações privadas, logo depois veio os direitos de 2º dimensão que abordava sobre os direitos socias, ou seja, prestação positiva do Estado, as quais são umas das vinculadas com as políticas públicas. E por fim os direitos de 3 º dimensão, os chamados direitos transindividuais.

Na Carta Magna brasileira é encontrada como um dos seus principais fundamentos, dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos humanos. O Brasil ratificou diversos tratados internacionais na esfera dos DHs, como a DUDH. Todavia de que adiantam tantas legislações, doutrinas, artigos sobre esta temática se não é possível visualizar sua plena eficácia na vida dos brasileiros e principalmente das crianças e adolescentes.

Segundo Bobbio (1992, **apud LUDWIG, 2014**), '' o problema dos direitos humanos não estava mais na ordem da fundamentação, mas na esfera da aplicação'', ou seja, é preciso parar de justificá-los/filosofá-los e sim pô-los em prática. Entretanto, o autor esquece-se de que por mais que a prática seja extremamente relevante, sua filosofia não se exaure, e esta justificação/filosofia está entrelaçada com a efetivação.

De acordo com Ludwig (2014) existem'' dois aspectos de extrema importância para a ordem das ideias ''. O autor explana que eles configuram-se em crise de realidade e na experimentação pelos mundos periféricos e semiperiféricos que experimenta os efeitos da estratégia da globalização de forma extrema e radical. Isto significa, no primeiro aspecto, que o problema não se resume apenas no plano da eficácia e sim que existe uma lógica da civilização moderna. E, no segundo aspecto, que a globalização influencia nos mundos acima citados, pois os utilizam para violar tais direitos com a lógica do mercado, e o contraditório disto tudo é porque eles debatem bastante sobre os DHs. Contudo, segundo Ludwig, na verdade os mesmos são reduzidos à direitos de propriedade.

A Constituição Federal Brasileira (CF) aborda sobre a Ordem Social (Título VIII, cap.I-VIII), a qual tem como escopo o bem-estar e a justiça social que se concretizarão mediante as políticas públicas que seguirá os princípios, os objetivos e as ordenanças dadas pela Carta Maior nestes respectivos capítulos.

O Brasil, após inúmeros cenários esdrúxulos de disputas e poder e governos com ideologias colonialistas, autoritárias e patriarcalistas, estava começando a engatinhar na democracia, principalmente com a constituição cidadã. Porém, nos últimos anos há um retrocesso em relação aos direitos humanos conquistados arduamente e que têm sido gradativamente violados.

Destarte, é preciso refletir como o fez Bobbio (1998) ''ainda há lutas por esses direitos, porque mesmo após grandes transformações sociais, ainda não há uma situação garantida definitivamente.

2. Contexto histórico dos Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes no Brasil

Desde meados de 1500, quando os portugueses desembarcaram no litoral brasileiro e resolveram tomar posse das terras brasileiras (inicialmente limitadas pelo tratado de Tordesilhas), há a existência de desrespeito aos DH, s dos infantes e juvenis. Neste período as crianças indígenas foram, aos poucos, separadas de seus pais para serem catequizadas pelos jesuítas, no entanto o maior intuito era colonizar e implantar a cultura europeia aos mais tenros de idade. Pouco tempo depois (devido ao insucesso com os índios), mediante o tráfico negreiro, as crianças negras começaram a trabalhar cedo para os fazendeiros e viviam em situações deploráveis. Além disto, as revoltas ocasionadas por índios e negros contribuíram sobremaneira na proliferação de meninos de rua, pois seus genitores acabavam morrendo nesses conflitos. Isto resultou na criação das chamadas ''casas de misericórdias'', entretanto estas não possuíam a obrigação estatutária de abrigar os rejeitados socialmente, especialmente as crianças, por isso foi criado o Sistema de Rodas das Santas casas que consistia em um cilindro, o qual possuía uma abertura onde pessoas abandonavam os infantes de maneira anônima, entretanto esta foi proibida(CÓDIGO DE MENORES,1927) e os indivíduos deveriam dar as crianças diretamente as instituições com a permanência do anonimato.

A Lei do Ventre Livre, cuja teoria tinha o objetivo de libertar as crianças nascidas de escravos, na prática resultava da não obrigação dos donos das fazendas em relação às mesmas. Assim, estas tinham que permanecer com seus pais ou eram trocadas por tesouros, ou seja, esta se demonstrou ineficaz, pois não houve políticas efetivas para cuidar e socializar esses infantes ''livres''.

Alguns anos após a Proclamação da República foi liberado o decreto, nº 1.313, o qual permitia que crianças a partir de 12 anos pudessem trabalhar. Todavia, na prática havia o descumprimento do mesmo ao colocarem infantes abaixo deste limite pra trabalharem.

Sobre este período a autora Emeli (2000) explana:

> Apesar disso, a necessidade de um reordenamento político e social na nascente República somado ao recrudescimento das mazelas

> da infância abandonada fazem oscilar os discursos políticos entre a defesa da criança e a defesa da sociedade contra essa mesma criança, sendo isto o que Rizzini (1992) denomina de ambiguidade na defesa da criança e da sociedade.

Esta ambiguidade da qual Rizzini aborda foi no período higienista no Brasil, quando os médicos perceberam que o infante era o primeiro a ser atingido nas doenças tropicais, mas isto era ambíguo, pois não se sabia qual o verdadeiro objetivo de tais médicos como bem pondera o autor.

Iniciou-se, em 1920, uma judicialização da infância, tendo o Estado como o tutelar da mesma. Porém, isto resultava em diversos internamentos, os quais não reduziam a criminalidade por parte desses menores. Após este fracasso, resolveram mudar o foco para uma proteção assistencialista, pois diversos estudiosos da época entenderam que a pobreza era a causadora dos males, todavia não conseguiram reverter o quadro de criminalidade destes infanto-juvenis. Segundo Emelli (2000), todas estas medidas não tratavam a causa e sim o feito, dessa maneira o problema continuaria.

Em 1964, ocorreu a ditadura militar com a deposição do presidente João Goulart. Neste período houve a Declaração de Direitos das crianças, os governantes querendo demonstrar que se preocupava com isto a ratificou. Entretanto, como conceber que um país com um governo ditatorial ratificasse algo oposto às bases do referido governo (violências, censuras, etc.)? Ou seja, o fato de ratificar não significa que houvesse verdadeiro cumprimento da mesma.

No período ditatorial houve a criação da Lei 4.513 de 01/12/1964, e esta criou a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM) cujo objetivo era assistencializar os infantes, internando-os no mesmo local que os abandonados e os carentes. Contudo, tal medida ainda mostrava-se repressiva, pois as autoridades judiciárias que tinha o controle total sobre o menor.

Em 1980, houve movimentos populares em defesa dos direitos das crianças e adolescentes. Um exemplo destes foi o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Ruas – Grupo existente em quase todos os estados na época e que lutava pela melhoria de vida do menor no país –, o qual influenciou na elaboração de uma legislação nova em relação aos direitos dos mesmos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988(CF), foi mudado o paradigma em relação a essa parcela da sociedade. No seu capítulo VII, são abordados alguns dispositivos para a proteção da criança e do adolescente. Isto foi uma mola propulsora para a implementação e promulgação do ECA (Lei 8.069 de 13/07/1990).Este estatuto é considerado um dos documentos mais moderno mundialmente que explana sobre os direitos da população infantojuvenil.

Todavia, o ECA vem enfrentando diversas dificuldades para sua total implementação, pois em pleno século XXI(após 29 anos de sua promulgação), ainda existem milhares de crianças e adolescentes sofrendo vários tipos de lesões ao direito(em confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana),como: trabalho infantil; abusos sexuais e psicológicos; violência dentro e fora do âmbito familiar, entre outros.

Portanto, é necessário que haja políticas públicas verdadeiramente eficazes, articuladas pela sociedade, Estado e família, estando as mesmas adequadas ao ECA.

3. Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes no Âmbito Familiar nas Políticas Públicas do Brasil

A CF do Brasil dispõe em seu artigo 227:

> ''É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão''.

Entretanto, esses três estratos (família, Estado e sociedade) têm negligenciado seus deveres para com a população infanto juvenil, especialmente no ambiente familiar, local onde estas deveriam encontrar todo afeto e cuidado possíveis.

O ECA é um documento legislativo, oriundo de diversas lutas históricas expostas no tópico anterior. Este possui um verdadeiro arcabouço le-

gal em face da proteção dos infantes e juvenis, porém como a maioria das coisas existentes no Brasil, este Estatuto tem todo potencial para mitigar e até mesmo, quem sabe, extinguir as mazelas vivenciadas por estes ''pequenos''indivíduos. Contudo, tal proteção não acontece de maneira integral e plena devido à cultura repressiva por parte da sociedade e a deficiência de políticas públicas efetivas neste assunto.

No artigo 1º do ECA é abordado princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Segundo Barros e Benítez (2014) tal princípio:

> '' se consolidou numa maneira mais eficaz e justa de se conferir proteção a criança e ao adolescente, pois pessoas em desenvolvimento necessitam do incentivo e do apoio permanente da família, da sociedade e, especialmente, do Poder Público''

No artigo 226 da CF, em seu caput, é exposto que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Todavia, em virtude de notícias aterrorizantes em face de tais indivíduos dentro do convívio familiar e a precariedade das políticas públicas nesta temática demonstra que por mais que a teoria seja importante, não adiantará se não houver a prática.

Os Direitos Humanos fundamentados no ECA, como a dignidade, a saúde, a educação, a cultura, a convivência familiar e comunitária, são extremamente importantes, pois demonstra que a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos e que merecem segundo o artigo 3º ,da mesma lei,''o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Para Vieira et al.(2013) enfatiza que:

> ''A influência que a vida familiar exerce sobre as crianças não se restringe apenas a lhe oferecer modelos de comportamento, mas também no desenvolvimento moral da criança. O estilo familiar, os padrões de punição, o sistema de crença, os valores, a forma como estão estruturadas e o modo como às crianças são tratadas são elementos que tem impactos importantes no desenvolvimento das habilidades sociais. Famílias agressivas e restritivas formam crianças que tendem a manifestar um comportamento de isolamento social, de dependência e habilidade reduzida para solucionar problemas. As famílias super protetoras tendem a formar crianças inibidas, dependentes com baixa

> autoconfiança, baixa autoestima e tímidas. Já as famílias que incentivam seus filhos nas suas atividades, que compreendem e os encorajam para progredir tendem a formar crianças mais fortes e confiantes para superarem suas dificuldades''.

Desta maneira, é mister verificar que a desarmonia na convivência familiar altera e tem grande impacto nos desenvolvimentos citados do artigo 3º do ECA, prejudicando não somente a criança/adolescentes mas a sociedade em si.

No interior do seio familiar perfazem inúmeras lesões de direitos humanos da população infantojuvenil. Nela é possível verificar os diversos tipos de violência, como a psicológica, física e sexual.

De acordo com Minayo (2001):

> A *violência psicológica*, também denominada tortura psicológica, que ocorre quando os adultos sistematicamente depreciam as crianças, bloqueiam seus esforços de autoestima e realização, ou as ameaçam de abandono e crueldade [...] A *violência física* que é o uso da força física contra a criança e o adolescente, causando-lhes desde uma leve dor, passando por danos e ferimentos de média gravidade até a tentativa ou execução do homicídio [...] A *violência sexual* que se configura como todo ato ou jogo sexual, relação hétero ou homossexual entre um adulto (ou mais) em uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimulá-los sexualmente e obter estímulo para si ou outrem.

Além das violências supracitadas existe o dilema do trabalho infantil doméstico (trabalho realizado em casa de terceiros), o qual assola boa parte das comunidades internacionais. No Brasil, a quantidade de crianças exercendo trabalho infantil é mais de 2,7 milhões, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), tal quantidade é alarmante, pois o ideal seria que isto nem existisse. Entretanto, a sociedade brasileira foi construída sobre as base colonialistas (colonização de exploração),as quais não visavam os direitos da maior parte da população, principalmente os negros,muito menos iam ligar para os mais vulneráveis da pirâmide etária. Dessa forma, ainda coexiste a cultura de que é melhor a criança está trabalhando do que está nas ''va-

diando''. Todavia, esquecem que estes acabam perdendo a época mais incisiva de suas vidas: A infância digna.

Infelizmente, nos últimos meses as autoridades nacionais querem que a cultura do trabalho infantil se mantenha e até mesmo se legalize, contrapondo o disposto no artigo 7º, inciso XXIII da CF e no ECA em seu artigo 60.

No Estatuto da Criança e adolescente, em seu artigo 87, é possível visualizar obrigações de ação governamental e não- governamental em face dos infantes juvenis. Dentre eles se têm políticas sociais básicas, projetos e benefícios de assistência social, proteção jurídica- social, programas de prevenção, etc.

O artigo 18-B,do supracitado estatuto, explana medidas para os pais, responsáveis, agentes públicos e integrantes, ou qualquer pessoa que esteja cuidando da criança e as trate de maneira cruel e degradante. Dos incisos I-V estão elencadas as medidas aplicadas pelo Conselho Tutelar. Além disto, a família pode responder civil ou criminalmente dependendo do caso concreto, podendo perder até mesmo o poder familiar (artigo 24 do ECA).

Um dos órgãos mais atuantes em face da família é o Conselho Tutelar que prioriza o atendimento a população infantojuvenil e a orientação ás famílias (artigo 136, ECA).Entretanto, segundo Bernardes(2015) na esfera municipal os conselhos enfrentam dificuldades como falta de estrutura para realizar suas atividades(local, veículo próprio, curso capacitório) e um dos principais problemas é o baixo envolvimento das famílias na criação de seus filhos.

Outro órgão extremamente importante é o Ministério Público na vara de Infância e Juventude, o qual juntamente com outros órgãos tenta solucionar os problemas destas crianças e adolescentes, além de atuar como *custos legis* (fiscal da lei)

Devido a estes e outros desafios que ainda não foram solucionados, especialmente pela plena efetivação do ECA, é imprescindível políticas públicas eficazes, especialmente no âmbito familiar. Primeiramente, o estado deve cumprir o estabelecido no ECA, ou seja, tratar esta parcela da sociedade como prioridade absoluta. Portanto, é imprescindível maiores investimentos e mais recursos para essa área. Em segundo lugar, é necessária a fiscalização da criação de conselhos tutelares nos municípios e sua

atuação na comunidade. Estes devem atuar de maneira conjunta com a sociedade, mas principalmente com os pais, realizando visitas trimestrais nos domicílios para avaliar a situação do menor de idade; Aconselhamento aos pais/ responsáveis para que os mesmos possam orientá-los sobre sexualidade; Auxiliar os pais sobre planejamento familiar, atitudes comportamentais que influenciam as crianças.

Na avaliação acima referida, será levado em algumas visitas um psicólogo, haverá uma catalogagem em relação ás crianças de ruas, analisando o que deverá ser feito com elas, podendo encaminhá-las para um lugar melhor, ou analisar de maneira precípua a situação da família, ajudando nas necessidades encontradas, encaminhando os responsáveis à postos de trabalho para a mitigação do trabalho infantil. Deve ser realizado também orientações trimestrais, nas escolas e lugares públicos, sobre o ECA Explicando como cada um pode participar da defesa e proteção das crianças ao atuarem juntamente com os conselhos tutelares, contribuindo na redução da cultura do escasso envolvimento em relação aos problemas da população infantojuvenil.

4.0 Exemplos de Políticas Públicas existentes no Brasil em relação a crianças e adolescentes no seu âmbito familiar

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes á Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), aprovado em assembleia pelo CNAS e CONANDA (O Conselho Nacional de Assistência Social e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente respectivamente), tem como principal escopo fortalecer as ações de proteção social familiar, para que o público infantojuvenil possua todo suporte necessário á sua educação, além de minimizar os males decorrentes das situações em que a separação familiar é inevitável.

As diretrizes do Plano supracitado englobam principalmente a reorganização de abrigos, acolhimento de infantes e juvenis e políticas voltadas para o desabrigamento. Estas podendo ser encontradas no ECA no caput do artigo 70.

Três exemplos de políticas públicas com o objetivo de proteger a criança e o adolescente serão aqui discorridos. Sendo eles: PETI (Pro-

grama de Erradicação do Trabalho Infantil), Criança Feliz e o CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social).

4.1 PETI

O PETI atua através de medidas que venham a fortalecer o cenário familiar do infantojuvenil. Este, baseado na LOAS(Lei Orgânica de Assistência Social), é um programa intersetorial, componente da PNA(Política Nacional de Assistência Social) cujo principal escopo é a retirada dos menores de 16 anos do trabalho precoce, exceto para os que forem jovens aprendizes, que segundo a lei do jovem aprendiz(10.097/2000) empresas podem contratar jovens entre 14 á 24 anos.

O cadastro se dá através da procura espontânea da família á Gestão do Cadastro Único para solicitar a inclusão no Programa ou a Assistência Social que pode identificar trabalho precoce na família.

Segundo o IBGE ---Instituto Brasileiro de Geografia e Estatístico--- no período de 1992 á 2015 cinco milhões de crianças e adolescentes foram retirados do trabalho infantil. Entretanto tal redução é gradativa, pois ainda existem 2,4 milhões de crianças e adolescentes em trabalho precoce.

De acordo com o FNPETI (Fórum Nacional da Programação de Erradicação do Trabalho Infantil), algumas mudanças contribuíram para esta redução como exemplos se têm a Ratificação da Convenção de 182, a aprovação de Decreto nº 648/12, a Lei de Aprendizagem, entre outros. Todavia, desafios persistem e devem ser superados, como exemplos: O cumprimento efetivo do ECA, mais investimentos em políticas públicas , adoção de medidas para o cumprimento da meta 8.7 do ODS(Objetivos do Desenvolvimento Sustentável) de eliminar todas as formas de trabalho infantil até 2025 segundo o FNPETI.

4.2 Criança Feliz

Reforçando o Marco Legal da 1º Infância, o Programa Criança Feliz (PCF), foi instituído pelo Decreto nº 8.869/16 e alterado pelo decreto 9.579/18 possui como objetivo precípuo o desenvolvimento integral das crianças na primeira infância, analisando sua família e seu contexto. Seu

público prioritário são às gestantes e crianças até três anos que receberam o Bolsa Família, Crianças até seis anos que possuem o BPC (Benefícios de Prestação Continuada) e Crianças até seis anos que tenham sido retirados de sua família devido a abusos cometidos pela mesma.

O Programa trabalha com dois tipos de eixos. O primeiro, e principal, consiste em visitas domiciliares que representam proximidade do mesmo para com as famílias, entendendo as características de cada um uma, assumindo o Tripé do Programa: Prevenção, Proteção e Promoção do desenvolvimento infantil em seus primeiros anos. O segundo configura-se em integração das políticas de atenção à primeira infância no território, a qual está diretamente vinculada com o primeiro eixo.

Consoante, o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) ocorreram cinco milhões de atendimentos domiciliares realizados em 2,6 mil municípios espalhados pelo Brasil. Tais ações são organizadas pelo MDS que integra as áreas de Cultura, Educação, Justiça, saúde e Assistência social.

A adesão ao PCF necessita que os municípios cumpram três requisitos. O primeiro **consiste** em ter cadastro no CRAS, o segundo é que os mesmos devem ter a média do Índice de Desenvolvimento do CRAS maior ou igual a três, e por último deve existir pelo menos 140 indivíduos do público prioritário citado anteriormente. Além disto, após a adesão ao programa é necessário cumprir 12 incisos que podem ser encontrados na página do MDS.

De acordo com Alberto Beltrame (2018), ministro Desenvolvimento Social, o Criança Feliz deverá tornar-se um patrimônio. Este enfrenta desafios como a sua ampliação, pois inicialmente 2,6 mil municípios foram assistencializadas de um total de 5.570 municípios, consolidação de um orçamento público (em conformidade com o artigo 227 da CF que trata as crianças e adolescentes como prioridade) em todas as esferas governamentais e a implementação de um sistema eficiente de monitoramento e avaliação de processos segundo Yanéz (2018).

4.3 CREAS

O CREAS, definido pela lei 12.435/11 é a é a unidade pública estatal de abrangência municipal ou regional que tem como papel constituir-se em lócus de referência, nos territórios, da oferta de trabalho social es-

pecializado no SUAS(Sistema Único de Assistência Social) a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos. Suas competências englobam ofertar e referenciar serviços de caráter contínuo para famílias e indivíduos, os quais se encontrem em situações de risco (pessoal ou social), pela lesão de direitos (principalmente sexual), além de gerir todos os processos de trabalho nas suas respectivas unidades espalhados pelo território nacional.

Os principais objetivos do CREAS são a destituição das violações de direito, participação social e proteção das famílias. Suas redes de atuação englobam o PETI, o Bolsa Família, o BPC, os órgãos de Defesa de Direitos, o CRAS (Centro de Referência da Assistência Social), Rede de Educação e o serviço de Acolhimento de acordo com a Resolução do CNAS nº109/09.

Segundo o Plano Purianal (PPA) de 2015-2019:

> Em média, o PAIF/CRAS acompanha mensalmente mais de 1,6 milhão de famílias. Em 2014, foram inseridas nesse serviço mais de 1,4 milhão de famílias, das quais 844 mil são beneficiárias do Programa Bolsa Família. Já o PAEFI/ CREAS acompanha mensalmente, em média, mais de 215 mil indivíduos ou famílias em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos. Em 2014, foram inseridos no serviço mais de 312 mil novos casos, dos quais 97 mil relacionados a beneficiários do Programa Bolsa Família.

Apesar disto, segundo relatório da PPA:

> A magnitude e dispersão territorial do contingente populacional que se encontra em situações diversas de vulnerabilidade e riscos sociais se traduzem em grandes desafios que exigem, concomitantemente, a qualificação dos serviços e da gestão nas três esferas de governo e a ampliação da cobertura de suas ações.

Destarte, é perceptível o quão tais ações programas são benéficos e necessários para os anseios das crianças e adolescentes no âmbito familiar, devendo a família, sociedade e estado agirem conjuntamente para ampliá-los em nível nacional.

Conclusões

Com a intenção precípua de efetivar-se de maneira plena os Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes, mediante o cumprimento integral do ECA, foi exposto neste artigo algumas políticas públicas existentes.

No discorrer desta temática, pôde-se visualizar o histórico das mazelas vivenciadas pelas crianças e adolescentes desde o início da formação do povo brasileiro, e também o arcabouço legal que primeiramente era extremamente repressivo, depois se tornou assistencialista e tem avançado gradativamente para a Assistência Social.

Esta assistência será amplamente formada quando o Tripé de proteção dos infantes juvenis cumprirem totalmente o disposto no artigo 227 da CF, ou seja, tratar parcela da sociedade como prioridade absoluta.

As políticas públicas analisadas (PETI, CREAS E Criança Feliz) são extremamente importantes e avançadas mundialmente em relação a proteção das crianças e adolescentes, especificamente no âmbito familiar.

Portanto, é mister que a população se engaje para a ampliação destas políticas, juntamente com o Estado ,cobrando do mesmo sua adesão e verdadeira participação nesses programas para que seja reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana para com estes indivíduos que são o futuro da nação.

Referências

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **"Declaração Universal dos Direitos Humanos"** (preâmbulo). Paris. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 05/10/2019

BARROS, Bibiana La-Rocca; BENITEZ, Luiz Braulio Farias. A Proteção da Criança e do Adolescente: Os limites da suspensão e a perda do poder-dever familiar. REVISTA ELETRÔNICA de INICIAÇÃO CIENTÍFICA. 1º trimestre, 2014. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 7ª ed., Brasília, DF, Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05/10/2019

BRASIL.[ECA 1990].**Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06/10/2019

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal Transparência**(Rede Transparência)**.**2019.Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/busca?termo=censo%20creas%202019. Acesso em:20/10/19

CREAS. **CREAS Institucional.**2019 **.** Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/suas/creas/creas_institucional.pdf. Acesso em 20/10/2019

FÓRUM NACIONAL DO PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. **PETI**. 2019. Disponível em: https://fnpeti.org.br/avancosedesafios/.Acesso em: 20/10/2019

LUDWIG, Luiz Celso. Direitos Humanos: Fundamentação Transmoderna**.** In: SILVA, Eduardo Faria.; GEDIEL, José Antônio Peres.; TRAUCZYNSKI, Cristina Silva. **Direitos Humanos e Políticas Públicas.** Curitiba: Editora Universidade Positivo. 2014.Pág.13-36.

MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Integração entre o criança Feliz e o SUAS.** 2019. Disponível em: http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/setembro/integracao-entre--crianca-feliz-e-sistema-unico-da-assistencia-social-e-destaque-em--encontro-estadual-no-piaui. Acesso em:20/10/2019

ORGANIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Lei Nº 12.435, DE 6 DE JULHO DE 2011**.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm. Acesso em: 20/10/2019

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**, São Paulo: Saraiva 2005.

SILVA, Emeli Alves. Infância e Juventude: Um breve olhar sobre as Políticas Públicas no Brasil.2007. Disponível em: https://www.google.com/search?safe=active&rlz=1C1AVNA_enBR677BR677&biw=1366&bih=657&sxsrf=ACYBGNSa0-hQ_k3G2nGHPg7HluyAL-3V24w%3A1570951551337&ei=f9GiXdqfFKrX5OUP_Ia0sAY&q=Apesar+disso%2C+a+necessidade+de+um+reordenamento+pol%C3%ADtico+e+social+na+nascente+Rep%C3%BAblica+somado+ao+recrudescimento+das+mazelas+da+inf%C3%A2ncia+abandonada+fazem+oscilar+os+discursos+pol%C3%ADticos+&oq=Apesar+disso%2C+a+necessidade+de+um+reordenamento+pol%C3%ADtico+e+social+na+nascente+Rep%C3%BAblica+somado+ao+recrudescimento+das+mazelas+da+inf%C3%A2ncia+abandonada+fazem+oscilar+os+discursos+pol%C3%ADticos+&gs_l=psy-ab.3..35i362i39l10.3242.5254..6870...1.2..4.214.865.0j4j1.....1....1j2..gws-wiz.....10..0i71j35i39j0i19j0i22i30i19j0i22i10i30i19.7PZvASMmTWI&ved=0ahUKEwia27TJ2pjlAhWqK7kGHXwDDWYQ4dUDCAs&uact=5. Acesso em: 07/10/2019.

VIEIRA, Madalena Rodrigues. ; FERREIRA, Maria Bom Despacho.;LIMA, Marilene Antonia.; ALMEIDA, Miguelina Maria Santana. **Influência da Família no Processo de Ensino Aprendizagem.** Disponível em: http://www2.seduc.mt.gov.br/-/influencia-da-familia-no-processo-de-ensino-aprendizag-1. Acesso em: 09/10/2019

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil.** Rev.vol.1 no.2 Recife May/aug.2001

A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS POR VAGAS EM CRECHE A PARTIR DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL

Helena Gelsdorf Seckler
Lara Santos Zangerolame Taroco

1 INTRODUÇÃO

A partir da leitura do artigo 205 da Constituição Federal (CRFB/88), extrai-se que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, entretanto, muito se discute sobre a abrangência deste dever do Estado.

Entre as questões controversas destaca-se a obrigação do Estado, por meio dos entes municipais, em garantir o acesso à educação infantil, em creches e pré-escolas, às crianças de até cinco anos de idade, frente sua insuficiência de recursos.

A efetivação do direito ao acesso à educação infantil, por meio de vagas em creche, vem sendo objeto de sucessivas demandas judiciais, sendo tema cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do *leading case* RE 1008166/SC.

Considerando este cenário, o presente artigo explora as repercussões da judicialização do direito fundamental à educação, a partir da análise

de como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) decidiu nas demandas por vagas em creches pleiteadas em desfavor do Município de Santa Cruz do Sul, no ano de 2018. O intuito de analisar a realidade de um município específico se justifica para que se possa verificar com maior precisão os argumentos destacados pelo município, e, sobretudo, como este lida com esta realidade.

Quanto ao procedimento adotado para enfrentar a referida problemática, tem-se a pesquisa documental, especificamente de jurisprudência, desenvolvida a partir dos dados coletados no site do TJ-RS, cuja forma de abordagem foi tanto quantitativa, quanto qualitativa. Os dados obtidos foram analisados a partir do método dedutivo de abordagem, sendo que para isso foram fixadas, nos capítulos iniciais, as premissas necessárias para analisar os dados apresentados no último tópico deste artigo.

Assim, o presente trabalho de pesquisa foi dividido em três tópicos, sendo que o primeiro pretende analisar o direito fundamental à educação e as prerrogativas do Estado através dos dispositivos da CRFB/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O segundo tópico trata da relevância do ente federativo municipal para a efetivação do direito fundamental à educação, partindo da análise do orçamento do município de Santa Cruz do Sul/RS, no ano de 2018 e das medidas administrativas adotas por este município para a concessão de vagas em creche.

Por fim, no último tópico fez-se a análise das 94 (noventa e quatro) decisões proferidas pelo TJ-RS, durante o ano de 2018, nas demandas em que o município de Santa Cruz do Sul figurou no polo passivo. Foram três os argumentos de maior incidência, quais sejam: i) o princípio da legalidade e da separação de poderes; (ii) sentença ultra petita nos casos de determinação de fornecimento de transporte escolar, para viabilizar o acesso à creche e (iii) reserva do possível.

A partir de tais critérios foram analisados os casos levantados, com vistas a responder a indagação central desta pesquisa, ou seja, verificar como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande no Sul, em 2018, nas demandas judiciais que postularam vagas em creche, em desfavor do município de Santa Cruz do Sul.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO FUNDAMENTO LEGAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação integra a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais, que surgem como resposta aos graves problemas enfrentados pela sociedade pós-guerra, dos séculos XIX e XX, e atribuem ao Estado uma agir positivo, buscando a realização da justiça social e abarcando, dessa forma, as prestações sociais estatais relacionadas à saúde, ao trabalho e à educação (SARLET, 2010, p. 47).

No Brasil, a Constituição de 1988, além de ampliar consideravelmente o rol de direitos e garantias fundamentais, conferiu a estes aplicabilidade imediata (Art. 5, §1º, CRFB/88), conferindo-lhes lugar de destaque, de modo que indica que estes devem ser interpretados e aplicados, como princípios superiores de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2010, p. 53).

Quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Sarlet (2010, p. 53) esclarece que muito embora não exista consenso quanto ao seu alcance, esta ainda é uma das inovações mais significativas do atual texto constitucional, visto que, a partir de então "ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente" (SARLET, 2010, p. 53).

Quando mencionada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, importante referir que a falta de consenso quanto seu alcance, referida por Sarlet (2010, p. 53), implica na invocação do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, reconheceu a repercussão geral do tema referente a auto aplicabilidade do Art. 208, IV da CRFB/88, que aguarda julgamento.

Entretanto, não obstante as discussões quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, é inegável que a Constituição Federal de 1988 transpôs os direitos fundamentais da categoria ideológica e moral para a condição de direitos concretos e exigíveis, inclusive judicialmente, e é neste contexto que o direito à educação foi normatizado pelo texto constitucional, e reconhecido como um direito social.

Neste sentido, o direito fundamental à educação além de encontrar previsão no art. 6º, é tutelado entre os artigos 205 e 214 da CRFB/88,

que estabelecem uma série de deveres ao Estado, entre os quais merece destaque sua condição como direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205. CRFB/88), e o encargo do Estado de efetivar este direito mediante a garantia de: "educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (art. 208, IV, CRFB/88).

A partir destes preceitos é que se apresentam as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90 –, que se fundamenta na concepção de proteção integral às crianças e adolescentes. A busca pela concretização desta proteção integral se dá através de princípios norteadores, entre os quais merece notoriedade o princípio da prioridade absoluta, tipificado através da redação do art. 4º do ECA, que coloca o desenvolvimento pleno das crianças e dos adolescentes no centro dos esforços da sociedade e do poder público (SÁ; RODRIGUES, 2015, p. 75), abarcando, inclusive, a ideia de priorização de recursos no orçamento público, conforme determina o art. 4º, § único, do ECA (MORAES, 2015, p.125).

Cumpre salientar que o art. 54, IV, do ECA, traz a mesma previsão do art. 208, IV, da CRFB/88, acima referido, e o Art. 53 e seus incisos I, e V que preveem que o direito da criança e do adolescente à educação visa seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e do trabalho com assegurada igualdade de condições para o acesso e permanência em escola pública, gratuita e próxima a sua residência (BRASIL, 1990).

Outra relevante disposição trazida pelo ECA, que vai ao encontro do princípio da prioridade absoluta, é a do Art. 213, que confere ao Poder Judiciário o dever de conceder tutela específica ou de tomar providências para dar efetividade aos direitos da criança e do adolescente que forem desrespeitados.

Considera-se que este dispositivo valida a atuação do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, servido como mais um subsídio para possibilitar as demandas judiciais por vagas em creche e afastando qualquer dúvida quanto à possibilidade de interferência dos Poderes na proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Assim, diante do exposto, é razoável afirmar que as demandas por vagas em creche encontram respaldo legal na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que positivam o direito fundamental

à educação e garantem um agir positivo do Poder Judiciário. Ademais, não restam dúvidas quanto à previsão legal de dever do Estado na efetivação deste direito fundamental, nem quanto a sua importância para sociedade.

Entretanto, sendo o direito à educação um direito social prestacional, diretamente vinculado a um "fazer" do Estado, entende-se que, via de regra, ele está sujeito a uma destinação econômica (SARLET 2010, p. 253), o que pode representar obstáculo a sua efetivação, uma vez que nem sempre os recursos do Poder Público são suficientes para atender a todos os objetivos da Constituição (LIMA, 2007, p. 130).

É precisamente neste ponto que se insere a problemática desta pesquisa, razão pela qual será analisado, no tópico seguinte, a situação específica do município de Santa Cruz do Sul, no que diz respeito a sua organização orçamentária no ano de 2018 e a prestação do direito à vaga em creche.

3 O MUNICÍPIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: VAGAS EM CRECHE E O ORÇAMENTO DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL EM 2018.

Diante das disposições constitucionais, que determinam que os municípios atuarão prioritariamente na educação infantil (Art. 211, § 2º, CRFB/88) e do contexto apresentado até este ponto, se faz necessário estudar a importância dos municípios para a efetivação do direito de acesso à vaga em creche.

Primeiramente, se faz importante dar destaque ao Art. 1º da CRFB/88, que eleva o município ao patamar de unidade federativa ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, conferindo-lhe autonomia política, administrativa e financeira (Art. 18, CRFB/88) para atuar de forma independente no âmbito dos interesses locais (Art. 30, CRFB/88).

A partir desta conjuntura federalista, os municípios passam a ser considerados centros de grande importância para a concretização da democracia, pois em seu "ambiente reduzido" é que as atuações governamentais podem ser efetivamente vislumbradas e fiscalizadas, e as principais demandas sociais podem ser mais claramente identificadas (HOLANDA, 2016, p. 359). Entende-se que é justamente por esta proximidade com as demandas sociais locais e pela possibilidade de atuação mais assertiva

diante delas, que a Constituição prevê, através da redação do art. 211, § 2°, que: "os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil" (BRASIL, 1988).

Considerando que, de acordo com a Lei de Diretrizes da Educação Básica (Lei 9.394/96), o ensino fundamental tem duração de nove anos e é iniciado quando a criança tem seis anos de idade, e que a educação infantil é compreendida pela educação oferecida para crianças de zero a cinco anos de idade (BRASIL, 1996), o município é o principal responsável pela oferta de, aproximadamente, 14 anos de escolarização, o que lhe confere ainda mais responsabilidade na efetivação da necessidade pública de acesso à educação.

Assim, sendo o ente municipal o principal garantidor do acesso à educação, pressupõe-se que este deveria ser o ente federativo que mais dispõe de recursos financeiros para tal. Entretanto, não é o que se observa na prática, tendo em vista o que Leite (2016, p. 229) denomina como "a ausência de sincronia", entre a repartição de receitas e as atribuições conferidas para cada ente federativo, visto que enquanto a União dispõe de 60% de toda a receita tributária arrecadada, os Estados e o Distrito Federal dispõem de 25% e os Municípios de apenas 15% das receitas.

Neste sentido, em uma tentativa de fomentar a educação básica no país e de diminuir as disparidades entre a divisão de receitas destinadas à União e aos Estados e Municípios, foi concebido o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), regulamentado pela Lei n.º 11.494/07, e instituído a partir da redação do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela emenda Constitucional n.º 53, de 2006.

Além de obrigar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem "Fundos", destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica, para os quais será remetida parte dos recursos arrecadados com impostos, a partir da criação do FUNDEB a União passou a ter um papel essencial na composição dos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica (FERNANDES, 2009, p. 30). Isso porque a União começou a complementar os recursos dos Fundos, de acordo com as estimativas previstas no supramencionado Art. 60 do ADCT.

Assim, o FUNDEB se caracteriza como o principal meio de repasse de recursos e, consequentemente, representa a principal fonte de custeio

para a educação básica no Brasil, o que se reflete nas Leis Orçamentárias dos municípios, conforme se verifica do exemplo do município de Santa Cruz do Sul, explorado a seguir.

O levantamento de dados do município estudado deu-se, principalmente, a partir das informações coletadas na Lei Municipal 7.884/17, que dispõe sobre previsões orçamentárias do município no ano de 2018. O acesso à referida Lei deu-se através do *download* dos arquivos denominados: "Download LOA 2018 – Parte I" "Download LOA 2018 – Parte II"[55], disponíveis no site oficial da Prefeitura de Santa Cruz do Sul.

Em linhas gerais, tem-se que o município de Santa Cruz do Sul previu, no ano de 2018, a despesa total de R$ 104.065.044,60 (cento e quatro milhões, sessenta e cinco mil, quarenta e quatro reais e sessenta centavos), destinada à Secretaria Municipal de Educação (SANTA CRUZ DO SUL, 2017).

Deste valor, apenas R$ 100.000,00 (cem mil reais) está destinado à reformas/ampliação de escolas de educação infantil, nos termos do que indica a Despesa de Código 10.0112.365.001.1033, enquanto, no código 10.01.12.365.0018.2266, denominado "Pgto Serviços Especializados de Creche por Determinação Judicial", se identifica um montante de R$ 820.000,00 (oitocentos e vinte mil reais), reservado para os fins de atender, conforme se pressupõe, decisões judiciais relacionadas a vagas em creches (SANTA CRUZ DO SUL, 2017).

É a partir de situações como a descrita acima que Leite (2016, p. 156) aponta que, em decorrência do grande número de ações judiciais relacionadas a um agir positivo do Estado, já se pode considerar que as decisões judiciais constituem verdadeira fonte secundária para a aplicação do Direito Financeiro.

Para contextualizar o fenômeno da judicialização do direito fundamental à educação, cabe mencionar alguns dados coletados no site do TJ/RS. Ao acessar o site oficial do TJ/RS, optou-se pela opção "Pesquisa de Jurisprudência". A seguir, selecionou-se a opção "Ementa" e no espaço destinado a "Procurar Resultados", fez-se uma busca no campo destinado à pesquisa "com a expressão" do termo "vaga em creche", enquanto o campo "Comarca de Origem" foi completado com "Santa Cruz do Sul".

55 Disponível em: http://www.santacruz.rs.gov.br/conteudo/lei-orcamentaria-anual. Acesso em: 10 abr. 2019.

Quando utilizado como fator limitador da pesquisa a "Data de Julgamento" entre 01/01/2016 e 31/12/2016 o resultado da busca apontou um total de, aproximadamente, 78 resultados. Quando o período de julgamento considerado foi o de 01/01/2017 a 31/12/2017, para a mesma expressão, a busca resultou em 87 julgados e quando a pesquisa considera o período de 01/01/2018 a 31/12/2018, o resultado aponta um total de, aproximadamente, 94 resultados. Dessa forma, quando considerado o município de Santa Cruz do Sul, os apontamentos feitos por Leite, acima referidos, que apontam a judicialização como um fenômeno em crescimento, são confirmados.

Para avaliar de forma mais aproximada e específica o alcance da efetivação do direito fundamental à educação no município de Santa Cruz do Sul, passa-se a analisar como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande no Sul, em 2018, nas demandas judiciais por vagas em creche, em seu desfavor.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TJ-RS NAS DEMANDAS POR VAGAS EM CRECHE, MOVIDAS CONTRA O MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL, EM 2018.

A proposta deste tópico é analisar as decisões encontradas no site do TJ/RS, cuja discussão perpasse o acesso à vaga em creche no município de Santa Cruz do Sul, em 2018. Para tanto, em um primeiro momento, utilizou-se da mesma metodologia já descrita no capítulo anterior para realizar o levantamento das decisões.

Primeiramente, no campo destinado à pesquisa "com a expressão", foram digitados os seguintes termos: "vaga em creche", e no campo destinado a "Data de Julgamento", foi considerado o período compreendido por 01/01/2018 e 31/12/2018, parâmetros que resultaram em três mil julgados.

Para fins de se aproximar mais do objeto desta pesquisa, utilizando-se da mesma expressão e considerando o mesmo período de julgamento, o próximo filtro aplicado foi o de "Comarca de Origem", o qual foi completado com "Santa Cruz do Sul". Este novo parâmetro resultou em noventa e quatro decisões. Nesta primeira fase, a análise dos dados coletados foi realizada de forma quantitativa, visando enfrentar diretamente o problema proposto por esta pesquisa, qual seja, como decidiu o Tribunal

Gaúcho, nas demandas judiciais por vagas em creche, em desfavor do município de Santa Cruz do Sul.

Sendo assim, da análise da ementa destas decisões foi possível verificar que em todas as demandas propostas, o direito à vaga em creche se sobrepôs aos argumentos do Estado, visto que todas as decisões concederam a vaga postulada pela parte autora. Destes dados, é possível depreender que o TJ/RS possui entendimento convergente ao entendimento do STF, ou seja, favorável à concessão da vaga em creche.

O STF, atualmente, entende por privilegiar os direitos fundamentais em detrimento do interesse financeiro do Estado, conforme decidido na Medida Cautelar nº 1246 (BRASIL, STF, 1997). Em decisão que resolveu demanda que versava especificamente sobre o direito de acesso à creche, o ministro Celso de Mello reiterou os argumentos já expressos na decisão paradigma, supracitada, enfatizando não apenas a importância da real efetivação do direito de acesso à educação como, também, a responsabilidade do município no que concerne a sua concretização, conforme se verifica do trecho a seguir transcrito:

> **O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado,[...] sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional**, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. [...]
>
> Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que **os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público**, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. **(**BRASIL, 2011, grifo nosso).

Há, portanto, a confirmação da premissa fixada pelo texto constitucional. Até este ponto, já foi possível identificar que, nos termos do que determina o art. 213 do ECA e do entendimento aplicado pelo STF, ambos anteriormente abordados, não existe óbice à judicialização das demandas por vagas em creches no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, como a presente pesquisa pretende promover uma análise também qualitativa das decisões, por entender que essa forma de abordagem complementa a análise quantitativa (MINAYO, 1995, p. 22), novos parâmetros e filtros foram adicionados.

Ao analisar as 94 decisões identificadas, é possível demarcar alguns argumentos comuns mencionados pelo município, os quais foram afastados pelo Tribunal. Dentre eles cabe mencionar: (i) o princípio da legalidade e da separação de poderes; (ii) sentença ultra petita nos casos de determinação de fornecimento de transporte escolar, para viabilizar o acesso à creche e (iii) reserva do possível.

É recorrente a alegação, por parte do município, que o reconhecimento do direito à vaga em creche violaria o princípio da legalidade e da separação de poderes, devendo o Poder Judiciário ser limitado, não intervindo na esfera de apreciação do Poder Executivo. Tal argumento foi afastado em sucessivos julgados, a partir da tese: "o reconhecimento do direito à vaga em creche não fere o Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que o Judiciário apenas está assegurando o cumprimento de norma constitucional, flagrantemente violada pelo ente público" (BRASIL, 2018g). Esse argumento foi identificado em 26[56] dos 94 julgados. Em termos percentuais, esse argumento aparece e é refutado em 27,65% das 94 decisões levantadas.

Também é recorrente a alegação de que é ultra petita, a sentença que condena ao dever de prestação à creche e também engloba o dever de prestar transporte escolar. Quando manejado, este argumento é fundado no entendimento de que a tutela em relação ao transporte excederia os

56 Sendo estes os de número: 70079079976, 70079372678, 70079084588, 70079084489, 70079084786, 70079083739, 70078342862, 70078519055, 70078499902, 70078292406, 70077781581, 70077778868, 70078351608, 70078510054, 70078332947, 70078072642, 70077778470, 70077350692, 70076729334, 70077260438, 70076729904, 70076860956, 70077134161, 70076713296, 70076652965 e 70076193820.

limites do pedido inicial. Entretanto, este argumento também é afastado, com base na seguinte tese: "não foram excedidos os limites delineados no pedido inicial, pois o fornecimento de transporte escolar visa, tão-somente, garantir o acesso ao ensino" (BRASIL, 2018g). Esse mesmo argumento constou 41[57] dos 94 julgados. Trata-se de um percentual de incidência de 43,61%, sendo que este número também representa o percentual de vezes em que o referido argumento foi refutado.

Ao inserir a expressão "reserva do possível" para filtrar os 94 julgados encontrados, foram localizados cinco acórdãos, mais especificamente as decisões proferidas nas apelações cíveis de números 70077260438, 70077344786, 70076186428, 70076391499 e 70076295583. Embora essas cinco decisões correspondam a 5,31% do total encontrado, cabe aprofundar sua análise, porque estas retomam e aprofundam os outros dois argumentos mencionados.

Cabe ratificar que todas as cinco decisões analisadas mantiveram a decisão de primeiro grau, para fornecer vaga em estabelecimento de ensino infantil, na rede pública ou privada, no último caso às expensas do município, e, ainda, determinar que a vaga seja concedida em instituição próxima da residência da criança, devendo o município demandado fornecer o transporte escolar em caso de disponibilização de vaga em instituição distante. Importante, ainda, mencionar que todas as decisões de segundo grau se fundamentam no artigo 208 da CRFB/88 e no artigo 54, IV do ECA.

Nas decisões que julgaram as apelações cíveis de números 70077344786, 70076186428, 70076391499 e 70076295583 os desembargadores reafirmaram a possibilidade de intervenção judicial para a concretização da garantia ao acesso à educação infantil, fundamentando esta possibilidade nas previsões do ECA (BRASIL, 2018a, 2018b, 2018,c,

57 Identificados sob os seguintes números 70078342862, 70079372678, 70079566535, 70079084588, 70078071586, 70078519055, 70078535804, 70078072303, 70078292406, 70078351608, 70078510054, 70078071586, 70078292091, 70078308715, 70078510203, 70078309648, 70078308707, 70078332947, 70078292091, 70078101839, 70078519014, 70077518819, 70076448349, 70077977791, 70077983807, 70077977437, 70076651892, 70076655042, 70076654060, 70076470137, 70077134161, 70076473255, 70076391598, 70076391549, 70076491513, 70075926832, 70076393339, 70076295666, 70076473503, 70076295583 e 70076391499

2018,f). No mesmo viés, a decisão proferida nos autos da apelação cível nº 70077260438 refuta a ideia de ocorrência de desrespeito à autonomia do Poder Executivo, de forma que o relator é enfático ao afirmar que:

> Esposar essa compreensão a cada vez que estiver em jogo algum interesse estatal – o que parece tem sido regra –, é simplesmente negar a existência de uma função estatal em face da outra, o que é de todo descabido. Pelo contrário, a espécie em análise não consagra qualquer tipo de desrespeito às autonomias, mas, isso sim, afirma a função jurisdicional em relação à função executiva mal exercida ou não exercida, o que é absolutamente normal em um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2018e)

Ademais, observa-se que todas as decisões demonstraram a fragilidade dos argumentos de defesa estatal, inclusive quanto à aplicação da reserva do possível. Neste sentido, a Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, chega a mencionar que não há de se cogitar óbice à realização do direito fundamental à educação "em razão de meras alegações relativas à idade dos menores ou à ausência de previsão orçamentária" (BRASIL, 2018a, 2018b, 2018,c, 2018,f).

Qualquer argumento relacionado à idade das crianças, inclusive, é de difícil aferição e vai sendo afastado pela desembargadora relatora quando fundamenta suas decisões (BRASIL, 2018a; 2018b; 2018,c; 2018,f) no Art. 29 da Lei 9.394/96, que não faz distinções quanto à idade quando assevera que a educação infantil tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos de idade.

No que diz respeito à aplicação da reserva do possível, os desembargadores são claros ao afirmar que se sobrepõe à sua aplicação o: "princípio da máxima efetividade da Magna Carta, ou seja, o dever do Estado em promover o bem-estar social, pelo qual se conferem às normas constitucionais sentido amplo de eficácia, ou operacionalidade prevalente", e que o contrário representaria retrocesso de ordem institucional na aplicação dos direitos fundamentais (BRASIL, 2018a, 2018b, 2018c, 2018f).

Ainda, verifica-se que teses que versam sobre a falta de previsão orçamentária não devem afastar o direito à educação infantil, uma vez que as normas protetivas da Fazenda Pública não podem prevalecer

ante garantias fundamentais previstas constitucionalmente. (BRASIL, 2018e).

O princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente é consagrado na decisão proferida nos autos de n.º 70077260438, eis que há menção aos dispositivos do ECA que asseguram às crianças a assistência integral à educação de maneira indistinta e com prioridade absoluta, determinando que o município tem o dever de prover a colocação de crianças em creche, sempre que provocado, de forma imediata. (BRASIL, 2018e)

Por fim, a título de menção, cumpre referir que outro ponto abordado nas decisões perpassa o pedido, postulado pelo município, de que haja sobrestamento dos feitos até o julgamento definitivo, pelo STF, do tema n.º 548, que discute a autoaplicabilidade do art. 208, IV da CRFB/88, o que vai afastado pelos desembargadores sob o argumento de que a relatoria do tema não determinou o sobrestamento dos processos que versem sobre a mesma matéria e que esta não é consequência automática e necessária mesmo quando reconhecida a repercussão geral do tema. Tal argumento vai afastado, também, em decorrência do posicionamento majoritariamente favorável à concessão da vaga em creche, adotado por todas as cortes superiores do país (BRASIL, 2018e), que vai, pelo o que se observa da análise feita neste capítulo, amplamente ratificado pelas decisões do TJ/RS.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais foram tratados com maior relevância a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi formatada em um contexto social de redemocratização do país, publicando um texto constitucional que contem "um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões" (SARMENTO, 2009, p. 9).

Porém, conforme se pretendeu analisar no presente estudo, muitos são os desafios, inclusive de ordem orçamentária, que influenciam na concretização dos direitos fundamentais, principalmente aqueles relacionados à educação. A partir disso, o presente estudo propôs um olhar crítico às reponsabilidades conferidas ao município, uma vez que este é o ente ao qual são conferidas as maiores responsabilidades no que tange à concretização do direito à educação, sem que, contudo, a disponibilização de recursos as acompanhe.

Neste sentido, a análise das disposições da Lei Orçamentária do município de Santa Cruz do Sul demonstra parte dos esforços desprendidos pelos municípios para atender as ordens judiciais, que, conforme verificado, sem que se configure afronta ao princípio da separação dos poderes, determinam de forma quase discricionária que se cumpram as disposições constitucionais para providenciar vaga em creche a todos aqueles que provocarem o ente estatal por meio do poder judiciário.

Acredita-se que a disposição na Lei orçamentária do município de Santa Cruz do Sul que destina valores para decisões judiciais relacionadas a vagas em creches, mencionada no capítulo segundo deste estudo, procura, justamente, equalizar a responsabilidade do município em respeitar as decisões judiciais e sua reponsabilidade em atender ao princípio da legalidade. Ou seja, tal disposição permite que o ente municipal possa atender as demandas resultantes da judicialização, sem atentar contra as limitações estipuladas pelo Art. 167 da Constituição Federal, que, entre outras disposições, veda "a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (Art. 167, II, CRFB/88).

Neste ponto, se faz necessário, também, salientar a disparidade entre o valor destinado à reformas/ampliação de escolas de educação infantil, qual seja R$ 100.000,00 (cem mil reais) e o valor destinado à atender demandas judiciais, que é, aproximadamente, oito vezes superior àquele, pois alcança R$ 820.000,00 (oitocentos e vinte mil reais). A evidente desproporcionalidade entre os recursos destinados aos investimentos no âmbito da educação infantil e aqueles destinados a atender demandas individuais, além de demonstrar o considerável impacto que as decisões judiciais têm no orçamento do município servem de alerta para os riscos que a judicialização excessiva representa.

Embora, os riscos da judicialização não constituam objeto específico do presente estudo cumpre mencionar, diante dos dados coletados, que a judicialização pode representar prejuízos aos investimentos em políticas públicas e, consequentemente, à coletividade. Entretanto, conforme se observa das decisões proferidas pelo STF e pelo TJ/RS, analisadas neste estudo, a simples menção de prejuízo à coletividade não afasta a responsabilidade conferida constitucionalmente ao Estado. Assim, o desafio do município, quando demandado judicialmente consiste, justamente, em demonstrar sua indisponibilidade de recursos.

Ante o exposto, tem-se que o estudo realizado, sem a pretensão de avaliar como certa ou errada a judicialização das demandas por vagas em creche, trouxe contribuições que permitem uma melhor compreensão dos desafios enfrentados pelos municípios no que concerne à efetivação do acesso às vagas em creche. Diante dos conceitos encontrados na doutrina e na jurisprudência não se pode negar a importância que a educação infantil tem em um contexto de desenvolvimento social do país, entretanto, frente aos dados levantados ficam demonstradas as dificuldades enfrentadas pelo município na efetivação deste direito e a necessidade de criação de ferramentas alternativas que auxiliem o ente municipal na busca por equilíbrio entre os investimentos que precisam ser feitos, de forma fragmentada, em políticas públicas destinadas à coletividade e os investimentos imediatos decorrentes das decisões judiciais**.**

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 639.337**. Presidente Ministro Celso de Mello, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 21.06.2011, publicado em DJ, 28 jun. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076295583**. Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28 fev. 2018a.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076391499**. Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28 fev. 2018b.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076186428**. Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28 fev. 2018c.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076473255**. Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22 de mar. 2018d.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70077260438**. Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 24 maio. 2018e.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70077344786**. Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 30 maio 2018f.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70079372678**. Sétima Câmara Cível, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 12 dez. 2018g.

FERNANDES, Francisco das Chagas. **O Fundeb como política pública de financiamento da educação básica**. Revista Retratos da Escola, Brasília, v. 3, n. 4, p. 23-38, jan./jun. 2009. Disponível em: http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/99. Acesso em: 17 maio 2019.

HOLANDA, Ana Carolina Pessoa. **A Importância do Município na Estrutura**

Federalista Brasileira para a Concretização de uma Democracia Participativa. Revista Controle: Doutrinas e artigos, ISSN-e 2525-3387, ISSN 1980-086X, Vol. 14, n. 2, págs. 357-390, 2016. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167793. Acesso em: 27 abr. 2019.

LIMA, George Marmelstein. **Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais**: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha. 149 f. Monografia(Especialização) – Curso de Especialização, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2007.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2016.

MORAES, Célio Vanderlei. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o orçamento público**. In: VIEIRA, Ana Luiza; PINI, Francisca; ABREU, Janaina. (Org.). Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015. p. 124-126.

SÁ, Lilian Lucia Felix de; RODRIGUES, Michele. **O ECA e a relação com o cotidiano da escola pública.** In: VIEIRA, Ana Luiza; PINI, Francisca; ABREU, Janaina. (Org.). Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015. p. 74-77.

SANTA CRUZ DO SUL. Lei nº 7.884, de 22 de dezembro de 2017. **Orça a receita e fixa a despesa do Município para o Exercício de 2018**. Santa Cruz do Sul, RS, 22 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.dsarmento.adv.br/content/3- publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/oneoconstitucionalismo-no--brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf. Acesso em: 23 de mai. 2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS FAVORÁVEIS AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

Isabela Pfister Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

A política nacional para promoção da saúde, educação e inserção do portador de deficiência à vida social está prevista tanto pela Constituição da República como pela Lei 13.146 de 6 de julho de 2015.

Em consonância com as citadas legislações é necessário que se promova políticas públicas favoráveis aos portadores de deficiência com a finalidade de promover de forma igualitária o exercício dos seus direitos fundamentais, pois somente assim, esses indivíduos poderão exercer sua cidadania e inclusão social.

A conceituação hodierna de deficiência entende que esta alcança todas as modalidades que de certa maneira provoca limitação física ao indivíduo, a ponto de impedir que o mesmo usufrua dos seus direitos e garantias fundamentais, como acesso ao trabalho, à saúde, à educação e realização dos encargos comuns da vida cotidiana.

Tecnicamente a deficiência provoca no indivíduo alterações e impedimentos físicos para realização de determinadas ações, que para outros indivíduos não portadores de deficiência, são facilmente executáveis.

Em decorrência dessa realidade, esses indivíduos encontram grandes dificuldades para se inserir na vida social, já que acabam sendo rejeitados pelo problema que possuem, principalmente em relação a acessibilidade do sistema educacional, acessibilidade no mercado de trabalho e acessibilidade à saúde pública especializada.

Sensível a causa legislador brasileiro instituiu a política nacional para promoção da saúde, educação e inserção do portador de deficiência. Para tanto, políticas públicas voltada para esta questão devem implementar não só ações esparsas mas também criar programas que visem garantir o exercício dos direitos desses indivíduos.

Este artigo discorre sobre essas ações no âmbito do direito ao trabalho, ocorrido através da reserva de mercado no universo privado e público. Discorre também no âmbito do acesso à saúde pública, através das ações de prevenção, dos programas de saúde especializados e das políticas públicas voltadas para a qualidade de vida desses indivíduos. Discorre no âmbito da educação e da questão da inserção analisando, por fim, a relevância da demanda e o papel do poder judiciário neste contexto.

2. O DIREITO AO TRABALHO

O trabalho é um conjunto de tarefas a serem executadas através do esforço dos indivíduos que se propõem alcançar uma determinada meta.

Através deste se desenvolve as habilidades, se constrói e se produz algo, se pratica relacionamentos interpessoais, se adquire responsabilidade e disciplina.

Por seu intermédio também se realiza sonhos onde os projetos deixam de ser projetos e passam a ser concretizados e construídos, tornando-se então realidade, sendo, portanto, indispensável e essencial à vida da pessoa.

Contudo, o portador de deficiência sempre encontrou dificuldades para se inserir no mercado de trabalho em decorrência de sua condição física.

Tanto o empregador privado quanto o empregador público primavam unicamente pela produtividade, o que deixava esses indivíduos em desvantagem, já que se tinha a firme convicção de que dependendo do oficio a ser realizado, o portador de deficiência apresentaria uma produtividade aquém da realizada pelo trabalhador livre de problemas físicos.

Em decorrência desse entendimento, esses indivíduos ficavam a margem do mercado de trabalho, já que ninguém os admitia, lançando-os, portanto, a uma condição de desprestígio social.

Sensível a questão, o legislador finalmente abraçou a causa dos portadores de deficiência, confeccionando para tanto, legislação que buscou

inserir no mercado de trabalho os indivíduos pertencentes a esta camada da sociedade.

2.1. RESERVA DE MERCADO NO ÂMBITO PRIVADO

A reserva de mercado de trabalho no âmbito das relações privadas foi estabelecida pela Lei nº 8.213/91, que foi regulamentada pelo Decreto 911/92, que em seu artigo 93, instituiu:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
>
> I - Até 200 empregados 2%;
>
> II - De 201 a 500.....3%;
>
> III - de 501 a 1.000.....4%;
>
> IV - De 1.001 em diante. .....5%.
>
> § 1o A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.
>
> § 2o Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados.
>
> § 3o Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. (BRASIL, 1991).

Verifica-se que conforme previsão legal, toda empresa tem o dever de ofertar, em consonância com a quantidade de contratados que dispõe, o equivalente entre 2% a 5% de vagas destinadas aos portadores de deficiência.

Esta imposição legal surgiu, conforme já esboçado acima, em face das dificuldades que esses indivíduos encontravam para obter um emprego. Mesmo sabendo que nascer ou adquirir uma deficiência nunca foi uma escolha ou algo opcional, a sociedade aderia a visão de que nada poderia ser feito para o portador de deficiência, devendo o mesmo conformar-se com a pouca sorte. Assim, esses indivíduos se sujeitavam a todos os tipos de frustrações restando-lhes a piedade e a dependência econômica familiar.

Contudo, o legislador pretendeu modificar este cenário, e para tanto, elaborou a Legislação protetiva na qual imputou ao empresário a obrigatória reserva de mercado, onde a contratação devem obrigatoriamente ocorrer.

Finalmente um movimento favorável aos portadores de deficiência, que passaram então a vislumbrar uma oportunidade, uma maior aceitação além de um veículo favorável à sua inserção no mercado de trabalho.

Todavia, na prática o que se observa é que essas contratações até tem sido praticadas, contudo, as vagas são destinadas preferencialmente para aqueles portadores de deficiência é mais branda, já que a questão da produtividade ainda impera no universo empresarial.

É similar a lição de Santos que esclarece que:

> Entraves de toda ordem, somam-se à má vontade do empregador, mostrando inúmeros e flagrantes descumprimentos do preceito legal. Sobressai a forma como são feitas as contratações, em tese cumprindo a lei, porém contratando, na sua maioria, "deficientes" com um comprometimento menor das suas funções. (SANTOS, 2019, p. 3)

Em decorrência disso, aqueles cuja deficiência é mais acentuada, permanecem a margem do mercado de trabalho, o que constitui um grande equívoco, pois bastaria para tanto, que se direcionasse o portador de deficiência para a função adequada a sua possibilidade, como por exemplo, cadeirantes na função de caixas registradoras ou na execução de tarefas virtuais, onde necessariamente se permanecerá sentado. Portadores de

Síndrome de Down em tarefas que envolvam relacionamento interpessoal, já que as pessoas Down são extremamente sorridentes, educadas e prestativas. Os surdos-mudos em tarefas voltadas para organização sistemática, como reposição de produtos em gondolas, organização de arquivos ou estoque de matéria prima nas quais não precise se comunicar.

Assim, o que tem faltado é boa vontade por parte empregador para ajudar na promoção da justiça social voltada para os portadores de necessidades especiais, já que as reservas de vagas, não tem alcançado as pessoas cuja deficiência seja mais acentuada.

Insta ressaltar que o espirito da Lei primou pela inserção, por isso é que se espera bom senso por parte do empregador, já que há se adequar a tarefa a deficiência da pessoa a fim de que a execução do labor se torne possível. E como a legislação exige que para concorrer a vaga, é necessário dispor de condições reais para tal, a adequação então, torna-se indispensável.

2.2 RESERVA DE MERCADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal de 1988 delibera que haverá reserva de vagas no setor público para o portador de necessidades especiais.

Igualmente se observa na Lei nº 8.112/90, similar determinação, quando em seu art. 5º, § 2º se verifica determinadas orientações que visam assegurar a este público alvo a possibilidade de participarem de concursos públicos, onde deverão concorrer em identifica condição aos demais inscritos no certame. Esta Legislação reserva, portanto, o equivalente de até 20% de empregos e cargos públicos federais a serem distribuídos em todos os entes da Administração Pública Federal, como nas sociedades de economia mista, fundações e empresas públicas, autarquias e da própria administração Direta da União.

No âmbito Estadual, Distrito Federal e Municípios, em decorrência desses entes usufruírem de competência para confecção de legislação pertinente, estarão então desobrigados a seguir os parâmetros instituídos pela União, tendo como critério único a ser acatado o percentual estabelecido de 5% a 20% das vagas.

A igualdade de condições busca adequar a questão da deficiência a atividade laborativa a ser desenvolvida, não podendo, portanto, esta se tornar motivo para eliminação do candidato, pois como se sabe, muitos portadores de deficiência eram eliminados do certame quando submetidos ao exame médico. Daí a necessidade da reserva de vagas.

Assim, não mais se admite a reprovação fundamentada na questão da deficiência propriamente dita, pois se o candidato gozar de boa saúde não existirá motivos para que este então seja eliminado. Ademais, será no estágio probatório que se avaliará a capacidade do mesmo para o desenvolvimento do labor.

Vale destacar que para que a igualdade de condições seja realizada é necessário que se promova ajustes bem como se ofereça ferramentas que facilitem a realização do concurso por essas pessoas, já que muitas das vezes face a sua limitação não têm essa capacidade.

O exemplo dos surdos é um dos mais claros que comprovam que é indispensável a oferta desses mecanismos. Os surdos, como se sabe, se comunicam através da língua dos sinais e quando utilizam nosso alfabeto através dos sinais manuais, na verdade estão fazendo um empréstimo linguístico para se fazerem entender, mas seu "idioma" na verdade é a língua dos sinais. Ocorre que quando vão escrever utilizam as regras gramaticais da língua dos sinais, que é a sua realidade cotidiana e conforme a língua dos sinais, os verbos são sempre escritos no infinitivo além de não se usar conectivos. Isto numa prova dissertativa ou numa prova de redação é desastroso. Daí a necessidade de se avaliar as pessoas com esse tipo de deficiência de uma forma mais adequada a fim de que torne suas chances similares dos demais candidatos, como por exemplo, a correção da prova por indivíduos que tenham formação na língua dos sinais. Este seria um mecanismo adequado para atender as demandas dos surdos e que iria igualizar as oportunidades.

Ainda no âmbito da Administração Pública Federal, o Decreto n. 3.298/99, instituiu em seu artigo 39, que a reserva de vagas é obrigatória para os portadores de deficiência e no artigo 40 prescreveu que aquele candidato que necessitar de tratamento diferenciado ou de tempo adicional para resolução das provas do certame, poderá requerê-las desde que informe quais necessidades são essas.

3. O DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

A Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência está prevista não somente na Magna Carta Política de 1988, como também na Leis n.º 7.853/89, 10.048/00, 10.098/00 e 8.080/90 denominada de Lei Orgânica da Saúde. Igualmente também está previsto nos Decretos n.º 3.298/99 e 5.296/04.

Na Constituição da República, especificamente no artigo 23, inciso II é apregoado que é de competência do Poder público promover, zelar, e assistir no âmbito da saúde as pessoas portadoras de deficiências.

Já em consonância com a Lei n.º 7.853/89, cumpre ao poder público ofertar meios que venham proporcionar aos portadores de deficiência sua agregação social, atribuindo especificamente a área da saúde, as seguintes imputações:

- Prioritariamente ações de cunho preventivo;
- Oferta de serviços voltados a reabilitação;
- Acesso garantido nas unidades de saúde bem como tratamento adequado a necessidade do portador da deficiência;
- Elaboração de programas de saúde direcionados a este público a ser realizado com a participação ativa da sociedade.

O objetivo da política de saúde direcionada a pessoa com deficiência intenta primordialmente reabilitar o paciente para que este possa ter sua capacidade funcional normalizada, e com isso possa retornar a sua vida social e também produtiva.

Destaca-se que implementar ações que venham prevenir também é um dos objetivos da legislação, pois somente assim se evitará o surgimento de novas deficiências.

Para tanto, o alcance de tal pretensão reside nas técnicas, sugestões e tratamentos ofertados e indicados pela área da saúde que buscam proporcionar uma boa qualidade de vida ao portador de deficiência.

3.1. AS AÇÕES DE PREVENÇÃO

A política de saúde voltada para o portador de deficiência trabalha com a questão da prevenção, já que entende que ao se instituir métodos e

ações que possam evitar acidentes, esta seria a melhor estratégia a ser aplicada já que muitas incapacidades são oriundas de acidentes.

Para tanto, busca-se conhecer quais deficiências incapacitantes são adquiridas de forma mais costumeira a fim de se implementar uma ação que venha então, prevenir essas ocorrências. Por isso é que se conhecer essas causas é essencial para que se possa combate-las.

Nas estratégias de prevenção são consideradas as questões regionais do país, bem como as necessidades e opções de cada localidade, pois a deficiência adquirida por um motoboy que cai em serviço nos grandes centros urbanos é muito diferente daquele mergulhador-pescador de lagosta do nordeste que adquire também uma deficiência.

Assim, as estratégias preventivas se focam prioritariamente na informação que são direcionadas ao público identificado como possível vítimas para tornar-se deficientes em decorrência de sua atividade laborativa ou cotidiana.

O Ministério da Saúde esclarece ainda que haverá:

> (....) ações de natureza informativa e educativa dirigidas à população, relacionadas ao atendimento pré-natal adequado e à detecção precoce de deficiências, bem como de conscientização e formação de recursos humanos qualificados para a prestação de uma atenção eficiente em tal contexto. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2009, p. 9)

Para tanto e com finalidade da informação alcançar a grande massa populacional, esta deverá ser divulgada através de campanhas de grande porte a fim de que se possa estimular e também esclarecer os perigos que determinadas escolhas poderão resultar.

Essas medidas preventivas não são focadas unicamente no âmbito laborativo, mas sim de variadas possibilidades, já que outras opções de vida podem resultar numa deficiência futura ou a longo prazo, como uso de drogas, participação em esportes radicais sem aplicação das técnicas de cuidado, uso de anabolizantes, uso de álcool e direção, dentre tantas outras possibilidades.

Por fim, aliada a prevenção temos também os programas de vacinação que, devem ser aderidos com a participação do público a que se destina, pois comprovadamente, previnem deficiências, como as provocadas pela poliomielite.

3.2 PROGRAMAS DE SAÚDE DIRECIONADOS A QUESTÃO DOS DEFICIENTES

Os programas de saúde direcionados para a questão dos deficientes devem ser promovidos através de politicas públicas que visem ofertar esse serviço, devendo ser organizados dentro dos seguintes parâmetros:

1- Oferta inicial de um atendimento essencial;
2- Oferta de um atendimento especializado em âmbito ambulatorial;
3- Oferta de um atendimento especializado em âmbito hospitalar.

No que se refere ao alcance da cobertura, esta deve ser ampliada dentro do universo existente de pessoas que dela necessitam, a fim de se alcançar o maior número possível de pacientes.

Assim, essas estratégias, conforme apregoa a legislação, devem buscar a restauração da saúde do paciente, seu bem-estar e qualidade de vida, daí a relevância da aplicação do princípio da descentralização, que ao admitir o atendimento desses pacientes por outros entes da sociedade, possibilita que este atendimento alcance mais pessoas e em localidades diversas.

Vale ressaltar por fim, que o sistema de saúde não poderá ofertar unicamente a assistência direcionada a questão da deficiência já que o paciente poderá desenvolver outras questões relacionadas a sua saúde e que estejam desvinculadas do problema propriamente dito.

Daí a relevância de que haja uma assistência plena direcionada a este público, pois os mesmos não podem ficar refém unicamente de serviços específicos.

3.3. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROPORCIONAR QUALIDADE DE VIDA

As políticas públicas direcionadas a qualidade de vida dos deficientes devem caminhar lado a lado com a iniciativa privada já que possuem um perfil acolhedor e de inserção.

A sociedade precisa abraçar esta causa já que o propósito é garantir a isonomia de oportunidades, inserindo neste contexto, o portador de deficiência.

Para tanto, deve-se criar, aderir e realizar ações que visem possibilitar o acolhimento e inserção dos portadores de deficiência a vida social, pois somente assim os mesmos poderão participar da vida ativa social, trazendo-lhes com isso, qualidade de vida.

Na prática essas ações devem ser alcançadas através da adaptação de calçadas, transportes coletivos, localidades públicas e privadas e outras que possam facilitar a locomoção do deficiente que precisa se tornar independente no seu ir e vir.

Consultas preventivas devem ser implementados a fim de que se evite o surgimento de outras enfermidades potencializadas pela deficiência, como por exemplo, um dano a coluna vertebral daquele que tem uma perna maior que a outra. Esses tratamentos prévios seriam para identificação de possíveis outros problemas a fim de evitá-los, eliminando-se assim, outros entraves na qualidade de vida do deficiente.

Outros movimentos também devem ser implementados como a criação de locais que informem aos deficientes os direitos que dispõem a fim de que estes possam o requerer mesmo sendo através da prestação jurisdicional quando ausente se verificar a oferta desses direitos.

4. O DIREITO À EDUCAÇÃO

A Carta da República apregoa que é dever do Poder Público implementar movimentos que visem integrar socialmente a pessoa com deficiência, devendo estes usufruir de direitos constitucionais similares aqueles que usufruem os demais cidadãos.

A fim de garantir na pratica que esses direitos serão respeitados e pretendendo proporcionar o acesso a Educação sem quaisquer tipos de discriminação, o Ministério da Educação criou a Política Nacional de Educação Especial Inclusiva, cujo objetivo é promover o acesso a uma educação de qualidade e de alcance geral, incluindo aí o portador de deficiência.

José Afonso da Silva versando sobre a relevância da educação afirma que:

> A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a

> 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado. Tal concepção importa em elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213). (SILVA, 2019, p. 48)

Assim, a Constituição da República estabelece em seu artigo 205 que a "educação é direito de todos" devendo, portanto, primar pelo "pleno desenvolvimento da pessoa" bem como pelo "seu preparo para o exercício da cidadania a e qualificação para o trabalho".

Para tanto deve o Poder Público ofertar um "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino", conforme art. 208, inciso III da CF.

Por seu turno, a Lei n°10.172/2001 – PNE – que instituiu o Plano Nacional de Educação, determina que deverá o Poder Público instaurar uma escola com perfil inclusivo a fim de atender a todas as demandas socias, respeitando para tanto, todas as diferenças.

Assim a escola deve se adequar para receber e incluir o deficiente físico em atendimento ao preceito constitucional que prima pela igualdade de direitos e também pela inclusão, respeitando suas possibilidades reais e estimulando suas potencialidades.

Vale citar o relevante papel do CONADE - Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, órgão criado pelo Ministério da Justiça por intermédio do **Decreto 3.076/1999**, busca fiscalizar e analisar a evolução da política nacional de inclusão do portador de deficiência diante em vários áreas, inclusive a área educacional.

O artigo 11 do Decreto 3.076 determina que é incumbência do CONADE:

> Art. 11: acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, e outras relativas à pessoa portadora de deficiência.

Essa fiscalização abrange não só a educação especial como também o acesso a educação comum além da pré-escola e da creche.

5. A RELEVÂNCIA DA DEMANDA E O PAPEL DO PODER JUDICIARIO

As demandas dos portadores de deficiência devem ser não só respeitadas como também realizadas pois têm um grande alcance, já que temos uma considerável quantidade de pessoas nesta condição em nossa sociedade. Ademais seus direitos estão previstos na Carta Constitucional, portanto, não podem ser flexibilizados, mas sim implementados a fim de proporcionar uma importante inserção dessas pessoas à vida social.

Dados apurados no Censo do ano de 2010, informam que 23,9% da população é portadora de alguma deficiência.

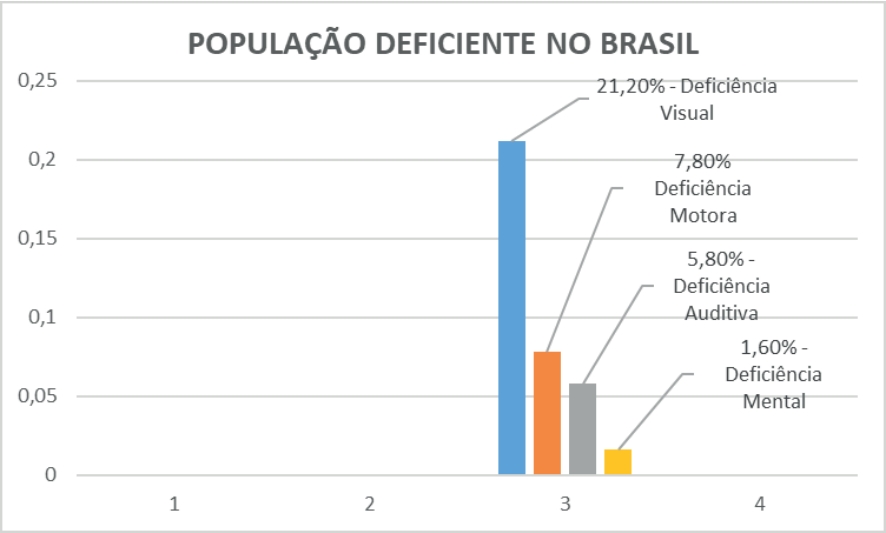
As deficiências foram divididas nas seguintes categorias:

1) Deficiência visual;
2) Deficiência motora;
3) Deficiência auditiva;
4) Deficiência mental;
5) Deficiência física.

Os dados quantitativos apresentados pelo Censo demonstraram que na totalidade dos portadores de deficiência, 3,6% deles apresentam deficiência visual; 1,3% deles apresentam deficiência motora, o que equivale a 13,2 milhões de brasileiros; 5,1% deles apresentam deficiência auditiva o que corresponde a 9,7 milhões de indivíduos, sendo que 0,9% tornaram-se surdos por algum evento externo (enfermidade ou acidente) e os demais nasceram com a deficiência; 0,8% deles apresentam deficiência mental o que corresponde a 2,6 milhões de brasileiros e tal problema é na grande maioria de nascença; e por fim, 4,1% deles apresentam deficiência física.

Quando investigado por regiões observou-se que sua maior incidência estava na região nordeste, pois nesta localidade foram encontrados o equivalente a 26,6% de indivíduos deficientes.

Conforme pesquisa do IBGE, 21,2% da população desta região tem deficiência visual; 7,8% tem deficiência motora, 5,8%, deficiência auditiva e 1,6% tem deficiência mental ou intelectual.



Fonte: IBGE - https://www.ibge.gov.br

Na região Sudeste se encontrou índices equivalentes a 13,1% em sua totalidade de indivíduos deficientes.

No Sul os índices alcançaram o equivalente a 16,9% de indivíduos portadores de deficiência e no centro-oeste os índices apontaram 22,5% de indivíduos.

Em análise das causas que possam ter gerado as deficiências nos indivíduos, a pesquisa do IBGE informa que a principal delas decorre de transtornos congênitos ou em decorrência da ausência ou ineficiência da prestação do serviço médico ofertado à época da gestação. Secundariamente decorre da transmissão hereditária de doenças, como as enfermidades de ordem psiquiátrica. A terceira maior incidência decorre do abuso de álcool ou drogas. A quarta maior incidência decorre da desnutrição. E por fim, a quinta maior incidência decorre de traumas ou lesões adquiridas, ou seja, aquelas provenientes da violência urbana ou dos acidentes de trânsito.

Assim, observados que os indivíduos portadores de deficiência têm representatividade quantitativa importante na população, incumbe ao Poder Judiciário realizar a prestação jurisdicional na defesa de seus interesses, o que tem ocorrido, sempre que judicializada as suas demandas.

Na prática, o que se tem observado é que o Poder Judiciário tem decidido favoravelmente ao portador de deficiência toda vez que este alega sentir suprimidos os seus direitos.

Na jurisprudência também se verifica muitas decisões favoráveis a essa camada social, onde se tem primado pela inserção, não discriminação, adequação e oportunidades.

Por fim, cabe ressaltar que o Ministério Público também é legitimado a intervir em nome da causa deficiente a fim de combater a exclusão social.

6. CONCLUSÃO

Vimos que o legislador brasileiro tem se sensibilizado com a causa dos portadores de deficiência tanto que não se furtou de elaborar leis com objetivo de beneficiar esse segmento da sociedade.

Embora se reconheça o esforço do legislador com esta demanda, o Poder Executivo tem implementado tímidas políticas públicas em atendimento as necessidades desses indivíduos, o que tem resultado numa verdadeira *via crucis* para os deficientes que acabam amargando com a supressão de muitos dos seus direitos.

A mínima oferta de vagas de empregos, a ínfima oferta de serviços de saúde especializado para atendimento das deficiências e a inadequação do sistema de ensino, acabam deixando muitos portadores de deficiência a margem dos serviços essenciais.

Muitos desses serviços não são implementados sob a justificativa de que o sistema público atual não está adaptado para receber e inserir, num contexto similar daquele ofertado aos demais cidadãos, o deficiente em decorrência de suas limitações.

Com isso esses indivíduos acabam a margem da sociedade, motivo pelo qual se valem da prestação jurisdicional obtida no Poder Judiciário que tem se manifestado favorável à sua causa em suas decisões.

Assim, é o judiciário que tem despendido maior apoio as demandas dos portadores de deficiência já que tem ofertado proteção aos seus direitos bem como possibilidade de efetivação.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Olney Queiroz e, POZZOLI, Lafayette. A Pessoa Portadora de Deficiência. 2.ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005 MANTOAN, Maria T. Eglér. Inclusão Escolar: o que é? Por quê? Como fazer? São Paulo: Moderna, 2003.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009, P. 29.

SANTOS, Vany Oliveira. O acesso das pessoas com deficiência aos direitos fundamentais: uma reflexão a luz da Constituição Federal. Disponível em http://www.ampid.org.br. Acesso em 12 de outubro de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Juspodium, 2019, p. 48.

O EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NA MITIGAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA ESCASSEZ DE ÁGUA NO POLÍGONO DAS SECAS NO NORDESTE DO BRASIL E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS

Everton Góes dos Santos

1. Introdução:

O sertão nordestino é a região brasileira que sofre de forma mais gravosa os efeitos dos vastos períodos de seca que ocorrem ciclicamente e de forma previsível no país. A escassez hídrica é um fator de vulnerabilidade secular, que ano após ano é vivenciada pelo sertanejo do semiárido nordestino e desde o regime imperial, nenhuma atitude política foi capaz de transformar as vidas dos habitantes locais com efetividade suficiente para que estes possuam dignidade, justiça e saúde mesmo no período de estiagem.

Nesse cenário, o pior período de estiagem dos últimos anos foi vivenciado de 2012 a 2017, segundo os dados atualizados do Instituto Nacional de Meteorologia (INMET), Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos da Bahia (Inema) e o Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (Cemaden), tornando-se recorrente a leitura de inúmeros noticiários como "Nordeste tem recorde de reservatórios secos" e "Pior seca faz população dividir água com animais" (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018; UOL NOTÍCIAS, 2018).

Em março de 2018 ocorreu um evento internacional conhecido como 8º Fórum Mundial da Água, o qual foi amplamente discutido entre Ministros, Parlamentares e outras autoridades que pesquisas recentes mostram que existe uma lacuna entre os níveis atuais de investimento no setor de recursos hídricos e os montantes necessários para cumprir as metas de acesso universal aos serviços básicos de água. Dito isto, nota-se que os recursos atuais são insuficientes para apoiar as ações de adaptação relacionadas a recursos hídricos.

Este trabalho, portanto, orientar-se-á no sentido de analisar se a adoção da medida tributária a instituição do Empréstimo Compulsório, é um instrumento capaz de mitigar os danos que a escassez de água causa no polígono das secas nordestina, uma vez que o direito tributário tem função social de satisfazer os interesses coletivos e assegurar o bem-estar coletivo.

A partir destas considerações, visa-se responder a seguinte pergunta: Partindo da premissa de que para haver a instituição do empréstimo compulsório é necessário que haja uma decretação federal de calamidade pública, seria possível reconhecer a seca nordestina como tal?

A relevância desta pesquisa contribui, diretamente, para a compreensão do fenômeno da escassez hídrica e da vulnerabilidade do sertanejo, na identificação da seca como estado de calamidade pública e na análise de instrumento tributário como assegurador dos interesses sociais da população nordestina. Revela-se necessário o investimento e a dedicação voltada para estudos jurídicos que visem a efetivação dos direitos de personalidade garantidos pela Constituição Federal que são violados, principalmente, para as pessoas em situação de vulnerabilidade social, adotando o princípio da solidariedade como um marco teórico. Nota-se a escassez de produção científica do direito tributário com um viés social e regional ressaltando a situação atual da região nordestina e estudando o empréstimo compulsório como um possível mitigador dos danos que a ausência de água causa na região e na vida dos seus habitantes.

O presente estudo possui a vertente teórico-metodológica jurídico-sociológica como norteadora, propondo-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo, trabalhando com noções de eficiência, eficácia e efetividade, uma vez que o resultado alcançado por essa pesquisa visa uma conquista na garantia dos direitos sociais dos sertanejos nordestinos de que vivem diante do clima semiárido e da escassez de água,

que é um elemento indispensável para garantia da sobrevivência, elementos que intensificam a situação calamitosa da região. A abordagem da presente pesquisa é qualitativa, utilizando como técnica a pesquisa bibliográfica, adotando como referenciais teóricos os doutrinadores tributaristas Cláudio Carneiro na definição do empréstimo compulsório e Fernando Leme Weiss na compreensão do princípio da solidariedade no direito Tributário, além do economista Renato Santos Duarte na compreensão da seca nordestina como calamidade pública.

2. O direito à água e o Polígono das Secas do Nordeste

O Brasil, com sua atual Constituição Federal, já identifica direitos sociais como a moradia, o trabalho, a saúde, a alimentação e a educação, no entanto a água ainda não é reconhecida como um direito social de forma expressa. Somente por analogias que se faz possível subintender que está ligado indiretamente com direitos positivados como a vida e a saúde. No cenário internacional, países como a África do Sul, reconhecem explicitamente e de forma distinta em sua carta constitucional o direito humano à água. Ao analisar os objetos de discussões nas Organizações das Nações Unidas (ONU), o Brasil está no caminho contrário, uma vez que existem diversos fatores antrópicos e naturais, além do crescimento populacional e escassez hídrica, que fazem jus a urgência da positivação do direito à água com o fim de promover metas que sejam capazes de auxiliar na construção de uma sociedade mais igualitária (VIEIRA, 2016).

Schwingel (2012) adverte que não são as falhas intrínsecas da Conferência da ONU e nem a situação desfavorável do cenário internacional que afasta o alcance dos seus objetivos. Ela afirma que o maior problema é "[...] reconhecimento da real amplitude das questões ambientais atuais, sua gravidade, suas consequências e da incapacidade de assumirmos, como sociedade, uma posição de mudança diante desse quadro" (SCHWINGEL, 2012, p. 45).

A problemática se insurge no instante em que a água é tratada como uma mercadoria e fonte de riquezas antes mesmo de ser admitida como meio essencial a vida e para dessedentação de animais e homens que, nos casos mais extremos, a sua ausência pode provocar a desidratação e a morte.

Villa (2000) declara que a região do Nordeste sempre enfrentou situações delicadas de escassez de água e mortes. Em seu trabalho sobre as secas dos séculos XIX e XX contabilizou cerca de três milhões de vítimas, podendo estabelecer a quantidade de vítimas similar a duas guerras do Vietnã. Afirma ainda: "a seca de 1877-1879, foi uma das mais terríveis, teria dizimado cerca de 4% da população nordestina, erigindo o Nordeste desde então em "região-problema" (VILLA, 2000, p.253).

Em 1936 houve um zoneamento na região chamado de Polígono das Secas que a Lei 175/36 reconhecendo o Polígono das Secas como a área do Nordeste brasileiro composta de diferentes zonas geográficas com distintos índices de aridez e sujeita a repetidas crises de prolongamento das estiagens que consequentemente transforma a população local, principalmente da área rural, em excluídos hídricos, seja por fatores naturais ou por fatores sociopolíticos, causando graves problemas sociais, razão pela qual são áreas objeto de especiais providências do Poder Público.

3. As políticas públicas

Políticas públicas são definidas como práticas, ações e diretrizes firmadas em leis e realizada como função de Estado em um governo para dirimir questões especiais e gerais da sociedade (HEIDMANN, 2006). Portanto, o Nordeste só passou a ter políticas públicas direcionadas para a seca quando o governo começou a enxergá-la como problema nacional, isso ocorreu em meados do século VXII que além do litoral, o sertão começou a ser ocupado sem nenhuma estrutura que permitisse vencer a fome e a sede, criando uma sociedade frágil que não suportou a Grande Seca de 1877 e, em razão disso, ocasionou uma tragédia de repercussão mundial com a morte de milhares de pessoas (CAMPOS, 2014).

A região do Nordeste possui uma história política, financeira e social que esteve diretamente atrelada a centralização de terras e um sistema de dominação que contribuíram e contribuem para a exacerbação das condições ambientais e sociais locais. Na Agenda 21, conceitos com A erradicação da pobreza e da fome, maior equidade na distribuição da renda e desenvolvimento de recursos humanos são avaliados como uma responsabilidade conjunta de todos os países mesmo não sendo possível encontrar

uma solução uniforme por serem problemas complexos e pluridimensionais (CNUMAD, 1992).

De acordo com José Nilson B. Campos, oportunizar acesso aos serviços de abastecimento de água potável e saneamento aos desfavorecidos, a elevação da consciência na logística das águas, a redução, ou eliminação, das poluições dos corpos hídricos, além de permitir educação primária simultaneamente com a extinção das discrepâncias regionais tem sido o maior desafio encontrado pelos governos.

Medidas como a perfuração de poços, construção de e barragens e estradas já foram tomadas, distribuição de cestas básicas e carros pipas, no entanto medidas emergenciais possuem dois grandes problemas: a exclusão da maioria e o alto custo. De acordo com (DUARTE, 2002) em 1998 por volta de 10 milhões de pessoas foram atingidas pela seca, no entanto apenas 12% do número dos flagelados foram assistidos por esta medida de curto prazo. E o dinheiro que é desembolsado nesses serviços com a recorrência de escassez de água torna-se cada vez mais dispendioso por que não há adoção de medidas efetivas e sim temporárias, só em 1998 os recursos destinados ao Programa de Distribuição e Estoques de Alimentos – PRODEA fora de R$ 97 milhões (FOLHA DE SÃO PAULO, 1999) e no geral mais de R$ 4 bilhões do setor público foram gastos só com medidas atenuantes dos efeitos da seca de 1998-1999 (DUARTE, 2001).

Segundo Vieira (2004, p. 54, 55), denota-se que:

> As medidas emergências são as que recorrentemente são postas em prática e sua sobrevivência comprova o insucesso das políticas de médio e longo prazo. Sua execução requer uma série de trâmites legais e burocráticos que demanda muito tempo e penaliza ainda mais a população, o que é contraditório dado ao caráter emergencial dessa política.

A adoção dessas medidas possui um significado para a sobrevivência do sertanejo nordestino que vive no polígono das secas, porém se não houver um planejamento de reestruturação de todo cenário nordestino tais programas serão insuficientes para oferecer autonomia e dignidade, uma vez que reforça a desestruturação da organização popular, pode gerar acomodação e dependência política, podendo ser associado a compra de votos.

4. A calamidade pública e o Decreto 7257/10

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabelece, no capítulo II, título III, artigo 21, inciso XVIII, que compete à União: "Planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações".

Os anos de 2003 a 2013 nos municípios nordestinos tiveram a quantidade de 9.260 homologações de portarias pelo Ministério da Integração Nacional de Estado de Calamidade Pública ou Situação de Emergência, e desse total 7.356 são relacionadas à seca. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, CNM, 2013, p. 15). Diante dessa realidade é possível vislumbrar a vulnerabilidade econômica dos municípios da região do Nordeste brasileiro. Arcar com o problema da seca sem que o governo federal e os governos dos estados ajudem efetivamente é uma tarefa difícil de ser realizada, inclusive por se tratar de uma competência da União atender as necessidades da população no que diz respeito acesso a água e condições mínimas para produzir riquezas.

A palavra vulnerabilidade em sua origem deriva do latim *vulneris,* que significa ferida, e é justamente esse o sentido do termo, a capacidade de ser ferido, que é uma característica inerente a todo ser humano. Sendo assim, não só a criança, o idoso e a população de renda baixa podem ser qualificadas como vulneráveis, e sim, o ser humano em sua totalidade (NEVES, 2006). O Nordeste é uma das regiões do país com os piores índices de desenvolvimento humano e, também onde concentra-se mais da metade da população pobre do Brasil (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL, 2013), e entende-se como pobreza situação em que pessoas vivem em carência de recursos indispensáveis a sobrevivência, deste modo o grau da vulnerabilidade do estado que sofre de problemas estruturais, econômicos e ambientais possui um grau de vulnerabilidade maior.

O grau de vulnerabilidade é o fator principal para classificar a intensidade que o desastre, em sua magnitude, afetou o sistema receptor. Para ser classificado como calamidade pública é imprescindível que haja uma situação anormal provocada por desastres que cause sérios danos humanos, materiais e/ou ambientais que geralmente possuem natureza irreparável ou de difícil recuperação, o que resulta em ruína social e econômica que

raramente será suportado pela sociedade atingida, afetando a integridade a vida dos seus integrantes (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 1999).

Para declarar o Estado de Calamidade Pública, o chefe do poder executivo do município atingido deve decretar o estado calamitoso ao governo estadual e ele enviará encarregados técnicos par atuarem em conjunto com a Defesa Civil do município na avaliação dos efeitos causados pelo desastre e, constatado a gravidade da calamidade, irá recorrer ao governo federal. A falta de concordância entre o entendimento das esferas do governo dificulta ainda mais o reconhecimento federal do Estado de Calamidade Pública, porque muitas vezes ocorre que esta situação é decretada pelo município e pelo estado, mas não é reconhecida pelo governo federal (VIEIRA, 2004). E conforme Maria Lourdes Gomes Vieira (2004, p.55) "Essa falta de sinergismo entre as esferas de governo também torna ainda mais difícil a vida dos agricultores".

Os casos em que são enquadradas as situações de estado de calamidade pública são regulamentados no Decreto Federal 7.257/2010 que define como "situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido" no inciso IV do 2º artigo. É discutível se o fato do polígono das secas sofrer ciclicamente com o mesmo fenômeno climático, de acordo com o decreto, seria motivo para afastar o caráter de anormalidade que é necessário para o reconhecimento federal e garantir a transferência de recursos, ações de assistência, prestação de socorro e o restabelecimento dos serviços essenciais que são garantidos com a decretação de calamidade pública.

A situação assume dimensões alarmantes na proporção em que é reconhecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017) que de 459 municípios citados em situação de extrema pobreza, 303 encontram-se no Nordeste. Os fatores de pauperização da população são históricos e derivam-se de questões como acesso à terra de forma extremamente desigual, fatores climáticos, vida em ambientes inóspitos e falta de oportunidades satisfatórias de trabalho (DUARTE, 2001). Levando em consideração que são as camadas mais desprovidas que sentem de forma mais intensa os efeitos da seca, por terem suas lavouras destruídas, por perderem seus rebanhos, além da ausência de água o que torna a sua

vida mais penosa e, por razões aparentes, os grandes latifundiários não são vitimados pela seca, Renato Duarte (p.428, 2001) compreende que "(...) confirmou ser a situação de pobreza da maioria da população que transforma a seca em calamidade pública".

5. Direito Tributário e o Nordeste

O Brasil foi recordista em arrecadação de tributos em relação ao resultado positivo das receitas e despesas do governo, o superávit primário, e mesmo diante desse ranking continua sem assegurar a todos os contribuintes o mínimo existencial, inclusive para os nordestinos, ferindo o princípio tributário da dignidade da pessoa humana (CARNEIRO, 2018).

Ricardo Lobo Torres (1989, p.40) define o mínimo existencial como o que oferece condições mínimas de existência humana com dignidade, devendo haver a proteção positiva do mínimo existência, inclusive nos casos mais extremos em que o Estado tem o dever de realizar "a entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento". Desse modo, a justiça não resta configurada no país que tem um bom fluxo de entrada de receita e, ainda assim, o retorno para o bem coletivo e serviços públicos não é visto de forma proporcional.

A injustiça fiscal é um fenômeno que ocorre quando existe uma contribuição tributária elevada e ainda assim a atividade estatal se faz ausente na prestação de serviços públicos que são imprescindíveis para a comunidade. Por conta da insuficiência do salário mínimo vigente, as classes médias e baixas, que são mais desfavorecidas, são as mais atingidas (CARNEIRO, 2018). Justamente pela ausência de serviços que ofertam o mínimo existencial, cumulado com o fator da carência da maior parte da população do Nordeste do Brasil que se constrói o cenário de injustiça fiscal nesta região.

Tendo em vista a exigência de inúmeras demandas públicas, o Estado precisa de um conjunto de ações cujo objetivo seja adquirir rendimento para realizar o atendimento dessas necessidades que resultam em gastos. A atividade financeira irá gerir e controlar a receita que foi adquirida, pois

para o Estado se manter deverá possuir meios financeiros próprios e além do planejamento de arrecadação pecuniária, o Estado tem o dever de fomentar a redistribuição de renda. Essa redistribuição ocorre, principalmente, através da prestação de serviços públicos (CARNEIRO, 2018).

Nesse sentindo, doutrina Machado "O tributo é a fonte primordial de recursos da qual se pode valer o Estado para o atendimento de suas necessidades" (2007, p. 123).

Reconhece que o Brasil possui um federalismo assimétrico, ou seja, os entes federativos têm diferenças econômicas significativas no que se refere a arrecadação de receitas. Dito isto, foi implementado a repartição de receita tributária na Constituição Federal como uma maneira de mitigar essa desigualdade (CARNEIRO, 2018).

No Nordeste, as situações de adversidades econômicas contribuem também para um menor retorno lucrativo dos empreendimentos que atuam nesta Região, com resultados negativos sobre as arrecadações da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido e do Imposto de Renda, assim, consequentemente, há um aumento no inadimplemento das obrigações tributárias dessas empresas (MARINHO E MOREIRA, 99).

Os fundos regionais são formas de transferências indiretas cujo objetivo é reduzir o efeito do federalismo assimétrico no Norte, Nordeste e Centro Oeste, destinando 3% da arrecadação nacional de todo Imposto de Renda (IR) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) direcionado para programas de financiamento do setor produtivo da região. Em decorrência da peculiaridade do Semiárido nordestino a metade de toda transferência indireta de recursos é direcionado apenas para essa região (Art 159, I, c CRFB/88) e, caso os Estados e Municípios não cumpram com a aplicação dos percentuais mínimos em ações e serviços públicos de saúde, poderá haver a suspensão das transferências voluntárias da União (Decreto nº 7.827 de 16 de Outubro de 2012, Art 18, I).

Sobre isso, o documento "Nordeste brasileiro e mais uma calamidade por falta de água" (CNM, 2013, p. 14) afirma que:

> Quando a análise recai sobre a esfera municipal, tem-se uma situação bem mais dramática do que se pode imaginar, pois os Municípios do Nordeste são em sua grande maioria mais dependentes das transferências federais, pois têm pouca base econômica para

tributar seus impostos próprios. Assim, suas receitas são fortemente influenciadas pelas políticas macroeconômicas adotadas pelo governo federal para enfrentar a Crise Mundial; as desonerações de impostos fazem com que o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) tenha retração e provocam quedas significativas na arrecadação destes Entes.

6. Empréstimo compulsório e Constituição Federal de 88

Segundo Rogério Stoeterau (1978, p.77) "quando o Estado necessita de recursos "in pecúnia", o instrumento de que dispõe é o da tributação". Diante disso, a função do tributo é financiar o Estado para que as benfeitorias sociais sejam impulsionadas exigindo-se requisitos e percentuais diferentes para instituir cada espécie de tributo no Brasil.

O artigo 148 da Constituição Federal prevê a espécie do Empréstimo Compulsório como um tributo autônomo, tendo natureza jurídica de tributo vinculado porque o dinheiro arrecadado será aplicado exclusivamente ao fato que ensejou a sua instituição (Brasil, 1998). No entanto, nem sempre foi pacífica a concordância com essa classificação. Antes da revogação, segundo a súmula do STF 418 "o empréstimo compulsório não é tributo, e a sua arrecadação não está sujeita a exigência constitucional da prévia autorização orçamentária", pois violava o princípio da anterioridade que na época estava em vigor (art 141 §34 da CF de 1946), sendo cobrado no mesmo exercício em que era lançado. Todavia, apesar do nome, não há relação contratual nesse empréstimo, isto porque o aspecto coativo não configura o contrato, materializado na autonomia da vontade. Afinal o que prevalecia era a imposição tributária do Estado. Em 1964, o então Ministro Luiz Gallotti rebateu a súmula supramencionada, uma vez que *"Trata-se de tributo, com a cláusula de restituição, mas, por isso, não deixa de ser tributo e não se elimina a fiscalidade". Por fim, com a Constituição de 1988 estabelecendo o tema no capítulo de Sistema tributário Nacional, vigorando princípios tributários específicos, resta-se revogada a súmula em desacordo.*

Ainda em observância ao texto constitucional, somente a União tem competência para instituí-lo mediante lei complementar, ou seja, lei aprovada por maioria absoluta que corresponde ao primeiro número inteiro superior à metade do total de integrantes da casa legislativa (TAVARES, 2011). A Constituição Federal não trata sobre fato gerador, porém sua ins-

tituição decorre de pressupostos como de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, que segundo o artigo 21, XVIII da CF, são atribuições da União Federal, planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, principalmente as secas e as inundações, guerra externa ou sua iminência e em casos de investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional, não incluindo a guerra iniciada pelo Brasil, pois, nosso estado presa pela defesa da paz (conforme art. 4º CRFB) e neste último exemplo observando-se o princípio da anterioridade porque não possuir um caráter emergencial (Brasil, 1988).

Existe um Fundo Nacional para Calamidades Públicas, o Funcap, cujo objetivo é o custeio de prevenções em áreas de risco de desastres e também de ações para recuperar territórios já atingidos por algum desastre que tenha o status de calamidade pública reconhecido. Deste modo, o empréstimo compulsório só poderá ser instituído se num primeiro momento as dotações orçamentárias, doações e outros recursos adotados pela Funcap não forem suficientes. Não sendo suportável por este fundo que possui natureza contábil e financeira, por ausência de recursos disponíveis no orçamento, haverá a caracterização de despesa extraordinária, necessária para a calamidade pública se tornar causa legitimadora do tributo nesta modalidade (DECRETO 7257/10).

Foi com o objetivo de financiar a expansão do setor elétrico que o empréstimo compulsório foi criado no ordenamento jurídico brasileiro pela lei 4156/62, cobrado mensalmente nas contas de energia elétrica até o ano de 1994 e, posteriormente, repassado para a Eletrobrás (CARNEIRO, 2018).

Deve-se analisar o fundamento ético do empréstimo compulsório como um pacto de gerações, uma vez que com a instituição por meio de lei complementar esta regulará o lapso temporal em que a contribuição ocorrerá para que se atinja o montante ideal para custear o fato que ensejou a sua regulamentação, não servindo para manutenção de objetivos imediatos, pois visa a sobrevivência e desenvolvimento do país que deve ser arcado pelas gerações futuras (CARNEIRO, 2018).

6.1. Características peculiares do tributo

A restituição do empréstimo compulsório é uma das características que distingue o empréstimo compulsório dos demais tributos, como im-

postes e taxas que sua destinação é o fomento do cofre público sem a sua devolução em pecúnia para o contribuinte, dado que se trata de matéria obrigatória na lei que instituir o tributo quando houver os pressupostos para o seu surgimento. Valendo-se da previsão expressa no Código Tributário Nacional, entende-se que no instante que a norma incidir, incidirá também a previsão da sua devolução, ou seja, o tributo deverá ser restituído na mesma espécie em que foi pago, ou seja, em pecúnia, não podendo ser em títulos ou bens. A devolução da contribuição em dinheiro é chamada de causa mediata (CARNEIRO, 2018).

Há a tese que o Estado não está obrigado a restituir, pois trata-se de uma faculdade e não de um ofício (BALEEIRO, 1999). No entanto, caso de não devolução do dinheiro por parte do Estado, é possível o ingresso com uma ação de cobrança simples, no prazo prescricional de 5 anos em analogia aos casos de repetição de indébito, exigindo-se que não seja bem diverso da moeda, visto que o termo empréstimo prognóstica a devolução com identidade de objetos correspondentes, superando a tese do doutrinador supramencionado (CARNEIRO, 2018).

Consciente que no Brasil não há outro tributo com a característica de restituição, em dado momento houve desacordo quanto a sua natureza jurídica no instante em que o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de um contrato coativo consagrando esta ideia na súmula 418. Porém, hoje, a sua natureza tributária não é mais fonte de discussão, porque as regras de tributação e o dispositivo constitucional reforçam isso e o questionamento sobre a restituição tornou-se sem relevância (MACHADO, 2007).

Outra peculiaridade do empréstimo compulsório é a vinculação do destino da arrecadação ao evento que motivou a sua instituição. Essa característica tem como aspecto positivo a segurança financeira, uma vez que, diferente dos impostos que não possuem vinculação e servem para a movimentação dos cofres públicos para posterior encaminhamento dos setores que precisam de verbas, os contribuintes saberão quais os gastos que estão sendo custeados por esse dinheiro público através da prestação de constas feita pelo Estado dificultando a existência de possíveis desvios. Caso haja desvio de verbas, o empréstimo compulsório passaria a ser inconstitucional e ilegítimo, pois a sua desvinculação sem autorização do Estado contaminaria a cobrança do tributo (CARNEIRO, 2018).

Essa aplicação dos recursos oriundos de empréstimo compulsório ser vinculada à despesa que instituiu sua instituição é mais um dos pontos de distinção, uma vez que, em regra não há o que obrigue a destinação da receita dos demais tributos a despesas específicas, exceto se houver exceções constitucionalmente admitidas (MACHADO,2007).

A lei de responsabilidade fiscal 101/2000 prevê, em seu artigo 48-A, I que:

> Todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado.

Sendo assim, o agente público não se encontra excluído da possibilidade de aplicação de sanções no caso de desvio de verbas, devido a sua responsabilidade, incluindo as sanções previstas na lei supramencionada (CARNEIRO, 2018).

Por fim, no que tange ao âmbito de incidência, entende-se que se uma região do país está afetada por uma calamidade pública reconhecida a nível federal, ou destruída por uma guerra externa, ou até mesmo se a causa legitimadora de um empréstimo compulsório for por motivos de investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional, todo o Brasil irá se beneficiar, mesmo que de forma indireta, com os feitos custeados com a receita do tributo instituído. Partindo desse pressuposto, o princípio da solidariedade torna-se latente no empréstimo compulsório, uma vez que mesmo que a calamidade seja local, todo o país poderá ser enquadrado na hipótese de tributação (CARNEIRO, 2018).

7. Considerações Finais

Diante do exposto pode-se extrair que, os habitantes do polígono das secas nordestina fazem parte de uma coletividade hostilizada e debilitada. Há registros de escassez de água nesta região desde o século XVI e relatos que os em muitos casos a escassez de água perdurava por até sete anos. Gados foram dizimados, grupos flagelados tornaram-se pedintes ou saqueavam armazéns em situação de desespero para obter algum alimento,

quando não sofriam com a desnutrição e outras doenças que se espalharam pelo Nordeste.

De monarquia à república, os efeitos permanecem, e mesmo sendo possível prever a sua chegada por conta dos avanços tecnológicos, ainda assim nenhuma medida adotada pelo governo foi realmente suficiente e capaz de mitigar os danos causados pela escassez de água. E nessa conjuntura vivem os cidadãos nordestinos, tendo diariamente a violação dos seus direitos mais básicos, que são garantidos pela Constituição Federal brasileira, sem despertar inquietação das autoridades e entes competentes.

A singularidade no cenário físico-climático, somado com a situação de pobreza de mais da metade da população nordestina, resulta em dimensões calamitosas, visto que as camadas mais pobres se tornam inteiramente vulneráveis ao fenômeno climático, perdendo o meio de garantir a subsistência familiar.

É de competência do Estado, das autoridades e responsabilidade de todos os cidadãos tornar a vida dos que habitam no polígono das secas menos vulneráveis aos efeitos da escassez de água e a decretação desta região como calamidade pública é alternativa para obter recursos federais necessários para promover ações de socorro, de assistência às vítimas, de restabelecimento de serviços essenciais e ações de prevenção, como prevê o Decreto nº 7257 de 2010.

Enfrentar os efeitos da seca no Nordeste brasileiro representa um grande desafio e exige um esforço maior da população do Brasil, no entanto com a decretação de calamidade pública do polígono das secas do nordeste brasileiro, surge a possibilidade de instaurar o empréstimo compulsório, ou seja, uma contribuição para fiscal, arrecadada com uma finalidade específica de tomar as medidas necessárias para reverter a situação da calamidade que assola a região, garantindo a sua reestruturação. Com a arrecadação dessa verba, é possível investir em ações governamentais e medidas oficiais de socorro aos flagelados, não apenas de maneira emergencial, mas sim de modo a implantar preventivamente uma estrutura suficiente para enfrentar as causas desses problemas, e não apenas as suas consequências, formulando políticas voltadas para empoderar o sertanejo nordestino, para que não dependa exclusivamente do assistencialismo estatal que pode ser ausente.

Destarte, o princípio da solidariedade assume o papel de marco teórico no instante em que a Constituição Federal de 1988 trata como fun-

damento constitucional a responsabilização de todos os entes federativos e dos cidadãos deste país o alcance da meta de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, reforçando a ideia que apesar de amplo e diversificado todas as regiões pertencem ao mesmo território e estão interligados por um elo jurídico chamado solidariedade.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPOS, José Nilson B. **Secas e políticas públicas no semiárido**: ideias, pensadores e períodos. *Estud. av.* [online]. 2014, vol.28, n.82, pp.65-88. ISSN 0103-4014.

CARNEIRO, *Claudio*. **Curso de *direito tributário* e financeiro**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. ***Curso de Direito Tributário***. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.159.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM. **O Nordeste brasileiro e mais uma calamidade por falta de água**. Brasília: CNM, 2013, p.14.

DUARTE, Renato Santos. **Do desastre natural à calamidade pública**: a seca de 1998 a 1999. Fortaleza: Banco do Nordeste. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2002, 144 p.

GALLOTTI Fl. 199 RMS 11.252. DJ de 09/07/1964.

HEIDMANN, F. G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In: HEIDMENN, F. G.; SALM, J. F**. Políticas públicas e desenvolvimento**. Brasília: UnB, 2006. p.23-39.

KOBIYAMA, M.; CHECCHIA, T.; SILVA, R.V.; SCHRÖDER, P.H.; GRANDO, Â.; REGINATTO, G.M.P. **Papel da comunidade e da universidade no gerenciamento de desastres naturais**. Simpósio Brasileiro de Desastres Naturais, 2004 Florianópolis. GEDN/UFSC, 2004. p. 834-846.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, pág. 21-22.

SABBAG, Eduardo**. Manual de Direito Tributário**, 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.481.

SANTOS, Lucas Siqueira dos. **Princípio da Solidariedade**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 20 Julho. 2011. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-tributario/189610-principio-da-solidariedade>. Acesso em: 07/10/2018.

Schwingel, Ana Cristina Fraga. **RIO+20:** MUITO DISTANTE DA REALIDADE, SURDA AO ALERTA DA CIÊNCIA. Cadernos Aslegis, n. 45, p. 13-29, jan./abr. 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2011.

SOUZA, Maykoll Douglas Pereira e; MOURA, Natália Torquete. **A omissão do Estado na crise hídrica**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-30. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acessado em: 08/10/2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1233-1234.

TORRES, Ricardo Lobo. ***Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

VIEIRA, Andreia Costa. **O Direito Humano à água**. 1ª Ed. Belo Horizonte, MG: Arraes. 2016.

VIEIRA, Maria de Lourdes Gomes. **Análise das políticas compensatórias e das estratégias de sobrevivência do homem do campo, principalmente no período de seca**: um estudo de caso. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará. Ceará, 2004.

VILLA, Marco Antonio. **Vida e morte no sertão:** história das secas no Nordeste nos séculos XIX e XX. Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 22, nº 43, pp. 251-254. 2002.

O CUSTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL

Arthur Bezerra de Souza Junior
Ronaldo de Oliveira Jarnyk

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar e promover a discussão sobre o aparente choque normativo de princípios constitucionais entre as normas de princípio programático e os fundamentos da administração pública, com especial destaque para a probidade administrativa e a razoabilidade. Para tal, foram examinadas jurisprudências e alguns casos de repercussão dentro da mais alta Corte brasileira, responsável pela defesa da Constituição e por sua interpretação em última instância.

As normas programáticas exigem um posicionamento positivo do Poder Público, igualmente, os fundamentos da administração pública. Omissões dos entes governamentais no atendimento de direitos sociais e/ou no cumprimento de princípios administrativistas, vem trazendo à baila, de forma recorrente, a participação do Poder Judiciário nesta celeuma, cujo e somente este, tem conseguido garantir a eficácia mínima dos direitos constitucionais prestacionais devidos aos cidadãos.

1. SOCIEDADE, NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO E SUA RELAÇÃO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O entendimento da relação entre as normas constitucionais de princípio programático e as políticas públicas, passa obrigatoriamente, pelo

pensamento do Prof. Paulo Bonavides, para quem a sociedade vem primeiro e o Estado depois, formando assim, uma sobreposição de círculos. Essa constatação é necessária, pois a distribuição se dá de tal forma que a sociedade abrange um círculo mais amplo e o Estado um círculo mais restrito de organização.

A administração dos recursos públicos passa pelas mãos do Estado, assim como os grupos de indivíduos, que por vezes constituem uma sociedade, só terão cumprimento de seus direitos com assentimento do Estado. Um exemplo disso, é o próprio uso da força. Neste sentido cita o Prof. Bonavides:

> O Estado moderno racionalizou, porém, o emprego da violência, ao mesmo passo que o fez legítimo. De modo que, valendo-se de tais reflexões, chega Max Weber, enfim ao seu célebre conceito de Estado: aquela comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem-sucedida, o monopólio da violência física legítima. (...) Em suma, reconhece Max Weber o Estado como a derradeira fonte de toda a legitimidade, tocante à utilização da força física ou material. (BONAVIDES, 2012, p. 63).

Desta forma, assim como ocorre a delegação da força ao Estado por parte da sociedade, o mesmo ocorre com a administração dos recursos materiais, já citado por Weber dentro da explanação de Paulo Bonavides. Essa delegação visa evidenciar a necessidade de atendimento das carências coletivas sobre as privadas, elencando as urgências e as prioridades nas quais devem ser alocadas os recursos estatais. A sociedade, como produto da vontade humana em realizar associações para manifestar anseios, desenvolver atividades cooperativas e buscar a melhoria do bem comum, alicerçada no impulso primitivo natural do ser humano, carrega estes traços para dentro da organização estatal, expresso no pensamento contratualista e positivada em grande parte das normas constitucionais.

O Contrato Social pressupõe a renúncia de certos poderes da sociedade, entre eles a autotutela, possibilitando por assim, o pleno funcionamento das bases do Estado Democrático de Direito, do qual atualmente todos são parte. Ou seja, todos estão submetidos a lei que, estrutura, organiza e direciona as atividades privadas e públicas.

O núcleo do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), potencializado no Brasil pela Constituição Cidadã de 1988, está alicerçado em políticas de atendimento de direitos sociais. O cumprimento de direitos como educação, saúde, segurança, habitação entre outros, impõem ao Estado um comportamento de compromisso com este bem-estar coletivo. Vale ressaltar que esta busca pelo equilíbrio das relações coletivas e de atendimento de demandas fundamentais, já é tema de fóruns e programas da própria Organização das Nações Unidas, através dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Ou seja, a comunidade internacional, valendo-se de seus organismos estruturados e com participação multilateral, desde 2013, traçou objetivos e metas para os próximos quinze anos, no intuito de minimizar diferenças sociais e omissões estatais no provimento de direitos fundamentais.

Neste ponto entram as políticas públicas internas, como principal propulsor para viabilizar o compromisso internacional assumido pelo Estado. Estas nada mais são do que o conjunto de ações, programas e atividades projetadas, desenvolvidas e implantadas por cada Estado, seja pela administração pública direta ou indireta, com a participação de entes públicos e/ou privados de diversas esferas, com o intuito principal de atender e assegurar aos cidadãos direitos fundamentais, individuais e coletivos, garantidos pela lei. Entre tais garantias há especial destaque àquelas estabelecidas pela norma constitucional, o que resulta na vinculação das políticas públicas com as normas constitucionais programáticas.

Em uma breve reflexão quanto a relação da classificação da aplicabilidade das normas constitucionais proposta pelo Mestre José Afonso da Silva, frente a um dos fundamentos das políticas públicas que é o caráter garantista, é possível identificar a interdependência de ambas. Haja vista que as referidas normas têm uma conotação programática, alinhavada à disponibilidade de acesso aos serviços de direitos fundamentais de segunda dimensão à população, as quais devam ser concretizadas pelo Estado.

Considerando ainda o pensamento do profícuo jurista, tem-se que as normas programáticas são aquelas que norteiam a atuação do Estado, tornando-se balizadores para os legisladores, os administradores públicos e os juristas. Estas "traduzem os elementos socioideológicos da Constituição" (SILVA, 2012, p.136), razão pela qual devem ser definidas como os fins e objetivos do Estado.

Contextualizando para a realidade nacional a socioideologia citada na teoria afonsina, observa-se que vai além de meras políticas prestacionais, mas abarca objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme Art. 3º da Constituição Federal:

> Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II – Garantir o desenvolvimento nacional;
>
> **III – Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**;
>
> **IV - Promover o bem de todos,** sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (Grifo nosso)

Relacionando o conceito e aplicabilidade das normas programáticas do pensamento de José Afonso da Silva com os objetivos fundamentais da república brasileira, constata-se o compromisso assumido pelo Estado em promover o bem de todos, erradicando a desigualdade social. Isso só é possível com o equilíbrio entre ações negativas e positivas do Estado, de forma que o alcance deste equilíbrio está na regulação estatal em questões indiferentes ao Estado liberal. Neste sentido expressa o pensamento do constitucionalista:

> *Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado* (SILVA, 2012, p.135, itálicos do original).

Desta forma, seguindo a linha de pensamento aqui exposta, depreende-se que o convívio social, para promover o equilíbrio de relações, passa a positivar suas regras basilares no contrato constitucional. Contrato este que prevê também os compromissos do Estado com direitos fundamentais

individuais e coletivos, primando por atender compromissos com organismos internacionais, do qual o país seja signatário. Por isso, as normas constitucionais necessitam ser classificadas, de maneira a saber, quais delas irão deflagrar a estruturação de políticas públicas garantistas.

Pelo que se depreende da referida concepção, os direitos sociais como normas constitucionais programáticas possuem, em regra, eficácia limitada. Isto é, exigem uma atuação positiva do Estado para a sua aplicação plena, através de planos e condicionantes legais infraconstitucionais.

Para fechar essa corrente tríade de sociedade, normas programáticas constitucionais e políticas públicas, o Ministro Gilmar Mendes traz à tona a relevância dos direitos sociais e sua relação com as normas programáticas, as quais são "dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis" (MENDES, 2011, p. 465).

2. AS FUNÇÕES ECONÔMICAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DO IMPACTO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Diante da crise imposta à economia mundial no final da década de 20 do século passado, também conhecido como "crash de Nova York", a teoria de John Maynard Keynes trouxe um novo propósito, iniciando um marco na economia mundial. Afinal, para Keynes, o Estado teria mais que um papel meramente moderador, mas garantidor e, em certos casos interventor, a fim de garantir o equilíbrio das forças econômicas que, para a economia liberal, viria da "mão invisível" do mercado, como explicita Antonio A. Lourençato:

> A teoria keynesiana pregou a necessidade de intervenção do Estado como forma de evitar crises, tal como aconteceu nos anos de 1930. Sua estrutura teórica fundamentada que a existência de crise se dá pela insuficiência de demanda agregada. Nessa situação caberia ao governo como agente, cujo interesse primeiro seria garantir um mínimo de bem-estar à população, intervir no mercado aumentando seus gastos com a finalidade de incrementar essa demanda e, portanto, a atividade econômica. (LOURENÇATO, 2013, p. 16)

Este pensamento da necessidade interventora do Estado, fez com que surgissem inúmeras funções deste como agente amenizador de distorções de caráter socioeconômicas, tão presente no quotidiano dos países capitalistas. Atualmente são destacadas três principais funções:

- **FUNÇÃO ALOCATIVA –** aquela em que o Estado tem que assumir a função de executor de determinada atividade econômica, uma vez que a iniciativa privada, ou não tem recursos para iniciar tal atividade, ou não demonstra interesse econômico. Esta falta de interesse pode ser inicial ou permanente, seja por questões de embaraços legais ou por baixo retorno financeiro.
- **FUNÇÃO DISTRIBUTIVA –** neste caso o Estado age como distribuidor de renda para promover a justiça social. A ação do Estado é necessária para que não haja crescimento na concentração de renda em faixas populacionais já privilegiadas demasiadamente.
- **FUNÇÃO ESTABILIZADORA REGULADORA –** ocorre quando o Estado age como um operador no mercado, concorrendo com as empresas da iniciativa privada, no intuito de regular distorções originadas na busca exacerbada pelo lucro. Esta busca acaba por resultar em desequilíbrios, cuja premissa do auto ajuste do mercado não pode conter.

Em todas as três funções elencadas há desequilíbrios causados pelas atividades da economia liberal que não consegue se auto estabilizar. Na primeira situação, o desinteresse é massificado no mercado, não havendo investidores, sendo necessária a ação do Estado para equalizar isso. No segundo cenário, as ações do mercado gerando desigualdades sociais, impossibilitando ascensão de poder de compra pela população mais pobre, sendo necessário o ingresso do Estado para conter este avanço. Já, no último cenário, o Estado entra como competidor para reprimir ações de cartéis ou ações de oligopólios, regulando o preço do mercado mediante sua atuação.

Assumido que o Estado é um agente modificador, estabilizador e deflagrador de políticas econômicas, participando de forma direta ou indireta de atividades, há que se observar o impacto financeiro destas ações nos cofres públicos. A dimensão prestacional do Estado se exaure, justamente

pelo cumprimento de políticas públicas que viabilizem a entrega aos cidadãos, dos direitos constitucionais. No entanto, este êxito, depende do planejamento econômico-financeiro do Estado, o qual, além de atender os anseios das políticas públicas, também preze pela legalidade da probidade administrativa. Probidade e o cuidado com o erário público é fundamento indispensável, previsto na Constituição Federal:

> Art.37 – A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> § 4º - Os **atos de improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o **ressarcimento ao erário**, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**. (grifo nosso)

Sobre esse artigo da Constituição Federal cabe uma breve análise pois, eficiência tange tanto a qualidade dos serviços oferecidos, como a forma de administração das finanças públicas. Os atos de improbidade administrativa estão regulados pela lei 8.429/1992, também denominada Lei de Improbidade Administrativa, na qual se localizam as penalidades previstas aos servidores, suas definições e enquadramentos.

No entanto, tal lei era de difícil aplicação aos servidores do Poder Executivo quando estes, na justificativa de atenderem demandas prestacionais constitucionais, causavam onerosos déficits aos cofres públicos, por falta de lei que regulamentasse os planos de metas orçamentárias vinculadas ao plano de políticas públicas viáveis a realidade do governo local.

3. A RESPONSABILIDADE FISCAL E A RESERVA DO POSSÍVEL EM UMA ATUAÇÃO DE FREIOS E CONTRAPESOS INSTITUCIONAIS

O Estado brasileiro passou por uma reestruturação profunda nos anos 90, principalmente em virtude da estabilização econômica gerada pelo

Plano Real, o que levou a União a refinanciar dívidas para governos estaduais e municipais, como forma de saneamento e fôlego para retomada das políticas programáticas nos governos locais.

No intuito de que esta retomada não desencadeasse em um novo endividamento descontrolado dos referidos governos, foi votada e sancionada a Lei Complemetar 101/2000, também denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Segundo o próprio Manual Básico da Lei de Responsabilidade Fiscal desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, tem como princípio:

> A Lei de Responsabilidade Fiscal enfrenta o déficit limitando as despesas de pessoal, dificultando a geração de novas despesas obrigatórias, requerendo a cobrança de todos os tributos, impondo compensação para a renúncia de receitas, além de exigir mais condições para repasse entre governos e destes para instituições privadas. Ainda, esse novo direito financeiro tenciona reduzir o nível da dívida pública, mediante a indução de superávits primários e da imposição de limites para o endividamento de longo prazo. (TCE/SP, 2012, p.8);

Ainda segundo o referido documento do TCE/SP, os principais níveis de endividamento detectados ao longo da história, são decorrentes da ausência de planos estruturados de investimento e implantação das políticas públicas (TCE/SP, 2012, p. 10), muitas vezes justificados pelos Estados e Municípios, pela falta de uma lei que regulamentasse isso. Por isso, a Lei Complementar 101/2000 teve tanto apreço em designar, detalhadamente, como devem funcionar o Plano Plurianual (PPA), a Lei do Orçamento Anual (LOA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Tantos oriundos de leis próprias, devem estar interligadas entre si, a partir do PPA. Embora sem uma lei complementar para balizá-lo de forma precisa, o PPA está amparado atualmente no Art. 167, §1º da CF/88. Com previsão de quatro anos de abrangência, a questão chave em sua elaboração é: "O que será feito para a população? Qual o plano de governo para esse período quadrienal?" (TCE/SP, 2012, p. 13).

Já a LDO, tem por fundamento regular, anualmente, o uso responsável do dinheiro público, elencando prioridades, metas a serem persegui-

das, identificação de limite de gastos públicos, bem como seus parâmetros para o período, seja de investimento ou contingenciamento. (TCE/SP, 2012, p. 14).

Por fim, a LOA tem que apresentar o orçamento fiscal (estimativa de receitas e despesas da administração direta e indireta), o orçamento de investimento (advindos das entidades que não tenham interligação com o Tesouro Nacional) e o orçamento da seguridade social (valores que contemplem saúde, assistência e previdência social), com execuções já detalhadas na LDO (TCE/SP, 2012, p.20).

Desta forma, o arcabouço jurídico estruturado juridicamente para o orçamento público, visa garantir um compromisso mínimo com preceitos programáticos, independentemente de partidos e governos eleitos, a continuidade da execução de políticas pública, a defesa dos direitos fundamentais, a probidade e zelo na administração das reservas públicas.

Endossando esta análise, José Afonso da Silva vincula as normas programáticas a um programa de governo, pois estas "procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico" (SILVA, 2012, p.138). Assim, estas normas devem possuir um mínimo de eficácia. Daí a imposição de sua efetivação imediata, já que os princípios fundamentais constitucionais vinculam o Poder Público a estas. Isso é possível através do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que positiva que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Mas, ainda segundo o mesmo autor, essa aplicação está muito mais vinculada a uma interpretação do que as normas programáticas, já que "são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento" (SILVA, 2012, p.161).

A limitação de atendimento por parte do Estado, desencadeou ou um caso emblemático na década de 1970, que levou o Tribunal Constitucional alemão a se debruçar sobre um pleito de vagas na Universidade de Hamburgo. O referido pedido levou a Suprema Corte alemã a seguinte reflexão: quanto o cidadão pode exigir da sociedade ou do Estado, com base no direito fundamental? Em outras palavras, será que haveria limites para o direito subjetivo?

Amparada nos fundamentos da proporcionalidade e razoabilidade, a Suprema Corte alemã, se concentrou na análise do caso. Entendeu-se que

não havia omissão do Estado, mas impossibilidade de atendimento, em virtude do comprometimento de sua capacidade prestacional. Por isso, era necessário definir com racionalidade a amplitude do direito subjetivo de forma a delimitar a atuação do Estado Social.

A citação abaixo retirada da coletânea "Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão" embasa:

> Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, **não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social**. (MARTINS, 2005, p.663, grifo nosso),

Após um debate intenso a corte alemã julgou:

> Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade (MARTINS, 2005, p. 663).

Assim, surgia a aplicação do conceito da reserva do possível. Da referida citação pode-se entender que a reserva do possível é uma limitação fática à efetivação dos direitos sociais, não podendo se confundir com omissão estatal e nem tão pouco com a ineficiência de prestação do serviço público.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, deparou-se com a imperativa necessidade de analisar o princípio da reserva do possível dentro da ADPF 45/DF. No caso em tela, a Suprema Corte brasileira destacou como requisito para o seu acolhimento a demonstração, por parte do Poder Público, do compromisso e da execução de atendimento ao mínimo existencial, sob pena de ser condenada em crime de improbidade por descumprimento das normas constitucionais fundamentais programáticas de caráter de direitos fundamentais.

Com isso, pode-se entender as forças atuantes das normas constitucionais programáticas, como sendo elementos balizadores, tanto para cumprimento de políticas públicas, como para o mínimo existencial residente na probidade na administração do recurso público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da proposta de confronto dos institutos das regras orçamentárias, da administração de políticas públicas e da reserva do possível, sustentado pela doutrina dos diversos autores citados, da legislação vigente e de julgados, é possível concluir que há uma limitação material do Estado no atendimento de direitos fundamentais programáticos.

Como já observado, embora a Constituição da República Federativa do Brasil esteja positivada com normas de caráter programático e de aplicabilidade imediata para implementação de políticas públicas que atendam os objetivos fundamentais da República, como a erradicação das desigualdades sociais, por outro lado, há um contraponto imperioso da lei de responsabilidade fiscal estabelecendo limites de gastos e compromissos programáticos na execução orçamentária das instituições governamentais.

A volição de particulares em requerer por via judicial o atendimento de direitos fundamentais é válido, mas devem ser sobrepesados se o seu atendimento de forma indiscriminada não coloca em risco o equilíbrio das contas públicas. É certo que esse ambiente desencadeou uma onda de pleitos judiciais por serviços públicos, que geram pressão, principalmente no Poder Executivo, que passa a ser tentado em fazer um amplo atendimento sem critério e preocupação financeira.

Em contrapartida, os princípios financeiros da administração pública agem como um freio e contrapeso a este tipo de atuação, preservando o Estado da delapidação, impondo ao administrador público, em parte por seu poder discricionário, a obrigatoriedade de atender garantindo o mínimo existencial àqueles que necessitam.

Portanto, razoabilidade, proporcionalidade e probidade caminham conjugadas em sintonia com as bases financeiras para dar eficácia às normas constitucionais do estado de bem estar-social, sem que, para tal, seja necessário mergulhar o país em uma situação de desequilíbrio fiscal.

REFERÊNCIAS

_____, **Manual Básico – A lei de Responsabilidade Fiscal.** São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª edição, 2012.

BRASIL, **Vade Mecum compacto: Constituição Federal**. 15ª. edição. São Paulo: Ed. Rideel, 2018.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª edição. Saraiva, 10/2013.

FONTES, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito; tradução de J. Cretella e Agnes Cretella**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2013.

LOURENÇATO, Antonio A. **Finanças públicas para concurso público**. 1ª edição, São Paulo: Ed. Central de Concursos, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. 4ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração e Programa de ação de Viena – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.** Viena, 1993.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 14ª edição. Ed. Método, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

ARTIGOS - DIREITOS HUMANOS

A (IM)POSSIBILIDADE DO ENLUTAMENTO NO CASO DO SEQUESTRO AO ÔNIBUS NA PONTE RIO-NITERÓI

Giulia Madeira Coutinho de Araújo

Introdução

O presente artigo propõe uma análise das reações do Governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, e do Presidente da República, Jair Bolsonaro, à morte do sequestrador Willian Augusto Nascimento. O crime de sequestro ocorreu em um ônibus que fazia a rota São Gonçalo – Centro do Rio de Janeiro, e se deu na ponte Rio-Niterói, na manhã do dia 20 de Agosto de 2019.

O sequestrador foi morto com seis tiros desferidos por um franco-atirador do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro após aproximadamente três horas de negociações com a Polícia. Willian sequestrou o ônibus que transportava 37 passageiros às 6h da manhã. O Governador do Estado foi de helicóptero até o local das negociações para observar a operação e, após a confirmação de que os tiros realmente haviam atingido o corpo do sequestrador, ele comemora o fato de maneira tenaz.

No Brasil do ano de 2019 alguns ocupantes de cargos públicos comemoram uma operação que julgam ter corrido perfeitamente, sem levar em consideração uma vida perdida, ainda que seja criminosa, foi perdida. Demonstram escárnio por uma camada da população, visivelmente

empobrecida e vulnerável, além de uma clara dificuldade na criação de soluções para o problema da criminalidade no Rio de Janeiro e no Brasil.

Usando como referencial teórico a autora Judith Butler e sua obra "Quadros de Guerra: quando a vida é passível de enlutamento?" o artigo procura explicar por quê há vidas dignas de escárnio por parte das autoridades (e também das camadas populares), vidas que não são passíveis de luto, por serem vidas criminosas, por serem vidas empobrecidas e abandonadas pelo Estado.

O trabalho faz um paralelo com a atual situação das políticas de Segurança Pública no Estado, que têm se demonstrado falidas em solucionar os altos índices de violência e de criminalidade. Adota-se também a perspectiva de que parte do aumento da criminalidade pode ser explicada pela crise econômica que assola o Estado do Rio de Janeiro e que perdura já há alguns anos.

Em um cenário de crise e escassez de recursos e meios básicos de sobrevivência, torna-se fácil incutir num grupo de pessoas, onde impera o medo do outro, a necessidade de aniquilamento de uma população-alvo, já que, nessa lógica, ela representaria aquilo que pode roubar seu patrimônio, sua paz e sua segurança. É exatamente esse sentimento de destruição, e por conseguinte, de falta de empatia pela perda e sofrimento do outro, que o presente trabalho busca compreender.

1. Um ônibus sequestrado numa manhã de terça-feira

Às 5 e 40 da manhã na ponte Rio-Niterói, uma terça-feira, dia 20 de Agosto de 2019, um homem de 20 anos torna reféns 37 passageiros, sequestrando um ônibus que fazia a rota de São Gonçalo ao centro do Rio de Janeiro. Daí decorrem três horas e meia de negociações com o sequestrador, Willian Augusto Nascimento, que, ao longo do tempo, havia soltado 6 reféns. O desfecho da história foram 6 tiros atingindo o corpo de Willian, por volta das 9 horas da manhã, que partiram da arma de um franco-atirador do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

O sequestrador estava armado com uma pistola de brinquedo, fato que foi descoberto no decorrer das negociações, uma faca e uma arma de choque. Além disso portava uma garrafa que supostamente continha gasolina e, em um dado momento, pediu a um dos passageiros um isqueiro.

Em entrevista realizada após o sequestro, um primo do sequestrador disse que Willian estava em depressão e que seu médico havia receitado medicamentos na última consulta. Além disso, Willian estava matriculado na escola, apesar de não frequentá-la com assiduidade.

Um dos reféns em posterior entrevista disse que durante o sequestro não estava claro o que Willian queria, não havia ameaçado diretamente os passageiros do ônibus e, em que pese estivesse com uma garrafa de gasolina em mãos, não disse em nenhum momento que incendiaria o veículo.

Com o desfecho do sequestro, crime tipificado no artigo 148 do Código Penal brasileiro, verifica-se que as negociações falharam. O saldo é um homem de 20 anos morto com 6 tiros em seu corpo e reféns liberados sem nenhum ferimento aparente mas certamente com traumas psicológicos por ocasião do ocorrido. A questão é quem é que comemora o final da manhã do dia 20 de Agosto como uma vitória? Uma boa resposta seria dizer que ninguém pode comemorar uma operação policial delicada que resulta na morte de alguém, quem quer que seja (mesmo que esse morto seja um sequestrador). Mas o governador do Estado do Rio de Janeiro parece não se preocupar em ter uma atitude ponderada e serena, características mais do que necessárias para quem governa o Rio de Janeiro, um Estado que se encontra em profunda crise econômica e que possui índices alarmantes de criminalidade. Wilson Witzel pousou de helicóptero na ponte Rio-Niterói e quando do momento da morte de Willian comemorou dando socos no ar, demonstrando vitória e alegria, como a juventude brasileira comemoraria o título de hexa-campeão do Brasil numa copa do mundo.

2. A comemoração do governador do Estado

É de se esperar que, em situações como essa, os governantes agissem de maneira a demonstrar segurança à população, com atitudes equilibradas e um discurso de, para exigir o mínimo, pesar, tanto pelo sequestro dos passageiros do ônibus, quanto pela morte do sequestrador (que era, afinal, cidadão brasileiro, morador da cidade de São Gonçalo e filho de alguém). Mas no Brasil desse Agosto de 2019 equilíbrio e inteligência emocional são características ausentes nos chefes dos Executivos federal e estadual, que se utilizam de seus cargos para propor uma política de se-

gurança pública cada vez mais violenta, danosa e genocida para o Rio de Janeiro e para o Brasil.

O governador do Estado do Rio de Janeiro aterrissou de um helicóptero na ponte Rio-Niterói no momento de negociações entre a polícia e o sequestrador, e um vídeo no qual ele comemora fervorosamente a morte de Willian viralizou na internet. Em explicação posterior Wilson Witzel afirmou que comemorava o fim do sequestro e a preservação da vida dos 37 passageiros do ônibus. Mas quem acompanha os discursos pouco polidos e as ações, que desmedidamente têm provocado a morte de inúmeros inocentes - como foi o caso da jovem de 17 anos que estava com um bebê no colo e morreu baleada em Bangu, em 14 de Agosto de 2019 - do governador, desde antes de sua eleição para o cargo, pode facilmente compreender que se tratava mesmo de uma comemoração pela morte de Willian.

Antes de assumir seu primeiro mandato em Janeiro de 2019, não raro Witzel fazia publicamente falas desse tipo: "o correto é matar o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro". Em 4 de Maio de 2019, já no exercício do cargo, o governador fez um vídeo em que ele aparece numa operação da Coordenação de Recursos Especiais da Polícia Civil, em Angra dos Reis. No vídeo ele entrava num helicóptero que estava carregado de armas, há relatos que indicam que houve disparos vindos desse helicóptero em direção às casas do entorno. Em 14 de Junho, já como governador do Estado, Witzel falou sobre a favela Cidade de Deus: "se fosse com autorização da ONU, em outros lugares do mundo, nós tínhamos autorização para mandar um míssil naquele local e explodir aquelas pessoas".

Fica claro que o governador não respeita e não tem apreço por direitos básicos (e pelas vidas) que deveriam estar sendo assegurados no país. Quando o governador diz que gostaria de lançar um míssil na favela da Cidade de Deus, ele diz que não se importaria em atentar contra a vida dos moradores que ali residem. Mas ali vivem cidadãos brasileiros, titulares de direitos, seres humanos que são tão merecedores de respeito e que deveriam ter sua dignidade (art. 1º, inciso III, CRFB/88) e vida (art. 5º, caput, CRFB/88) preservadas pelo Estado. No Brasil a pena de morte só é assegurada em situações de guerra declarada, nos demais casos ela é vedada por uma norma constitucional (art. 5º, XLVII).

Um governador que apresenta falas dessa espécie, em que trata as questões de segurança pública de maneira tão mambembe e com tão pouca seriedade, sem apresentar soluções à altura da problemática, como podemos atestar, demonstra uma total falta de compreensão sobre o que é o Estado, bem como sua incapacidade em lidar com a criminalidade no Estado do Rio de Janeiro. Witzel ou parece não compreender de fato qual o tamanho do problema enfrentado pelas forças de segurança e pelos ex-governadores do Estado, ou não tem nenhum comprometimento na busca por soluções que sejam realmente eficazes. Não existem soluções simples para problemas complexos e o uso das forças policiais de forma pouco inteligente tem se mostrado fracassado há muitos anos no território fluminense, onde até Julho de 2019 houveram 1.075 mortes causadas por intervenção de agentes do Estado.

3. A Polícia assassina no governo Witzel e o recorde que o novo governador bateu em menos de 1 ano de governo

Dados coletados pelo Instituto de Segurança Pública (2019) e elaborados pela Rede de Observatórios da Segurança (2019) mostram um aumento substancial no número de operações policiais em todo o Estado nos 7 primeiros meses do ano, ou seja, entre Janeiro e Julho de 2019.

Em Março de 2018 foram feitas 23 operações policiais pela Polícia Militar do Rio de Janeiro, no mesmo mês em 2019 esse número subiu para 73. Como as operações policiais costumam vir acompanhadas de confrontos armados, o número de tiroteios foi alarmante: em Março de 2019 foram registrados 795 em todo o Estado. E, por conseguinte, as mortes decorrentes dos conflitos também aumentaram em comparação com o último ano. O aumento total foi de 46%. Em Março, também de 2019, foram registradas 255 vítimas dos tiroteios (aqui estão incluídos mortos e feridos).

É importante ressaltar que os dados de 2019 estão sendo comparados com dados de 2018, ano em que o Estado do Rio de Janeiro estava sob intervenção federal no âmbito da Segurança Pública. A intervenção foi proposta pelo então Presidente interino Michel Temer e aprovada em 21 de Fevereiro pelo Senado federal, tendo seu fim no último dia do ano. Em

decorrência da intervenção o número de operações policiais e de homicídios já havia aumentado se comparado com os dados dos anos anteriores. Em todo o ano de 2017 foram registradas 1.127 mortes por intervenção de agentes do Estado, o que significa aproximadamente 400 mortes a menos do que foram registradas pela mesma causa no ano de 2018.

Ainda os dados do Instituto de Segurança Pública apontam um recorde alcançado no número de mortes por intervenção de agentes do Estado. Contabilizaram-se no mês de Julho de 2019 o total de 194 mortes, o maior número para esse mesmo mês nos últimos 16 anos. Isso significa um aumento de 49% no número de mortes se comparado com o mesmo mês no ano de 2018. Nesse balanço o mês de Junho é o único que possui taxas de homicídio por agentes estatais menor se comparadas às do ano anterior (uma diferença de 3%).

Em 7 meses o novo governo não produziu nenhuma proposta que visasse a diminuição da criminalidade no Estado do Rio de Janeiro. O que se mostra de maneira clara é o que o atual governo só opera com uma única forma de encarar a Segurança Pública: aumentar o número de operações policiais no Estado, o que, como demonstrado acima, causa um aumento substancial no índice de pessoas mortas e feridas. Essa política assassina proposta para a segurança pública do Rio de Janeiro é danosa para todos: para os moradores das áreas atingidas por operações policiais, que tem sua dignidade e segurança sistematicamente violadas, para os agentes públicos que têm suas vidas colocadas em risco nos inúmeros tiroteios e para os moradores das demais localidades, que vivem em um estado constante de medo e incerteza.

Tendo em vista todos os dados relatados acima e a noção de uma política de segurança pública disfuncional proposta pelo novo governador seria surpreendente que Wilson Witzel tivesse outra atitude acerca do sequestro do ônibus na ponte Rio-Niterói que não uma comemoração perversa da morte do sequestrador.

4. Vidas passíveis de luto e vidas dignas de escárnio

O desprezo demonstrado pelo governador do Rio de Janeiro quando o sequestrador do ônibus recebeu os tiros do franco-atirador, é uma amostra do que se sente por criminosos (ou criminosos em potencial, que é o que parte

das camadas populares pensa acerca dos moradores das favelas e das regiões periféricas): um sentimento nutrido por um estado de pânico e desconfiança constantes. Propicia-se, assim, a lógica apontada por Judith Butler (2015) de que, na vida política contemporânea, nem todas as pessoas são sujeitos.

No atual estágio da crise econômica enfrentada pelo Estado do Rio de Janeiro é comum que as estatísticas de crimes patrimoniais, e não só eles, aumentem. Por exemplo, o número de furtos de veículos no Estado em Julho de 2019 é o maior dos 4 anos anteriores e o número de furtos de celulares até Julho de 2019 está na casa dos 10.000, enquanto que o número total de 2018 localiza-se em 15.000. Aumentada a ocorrência de crimes de maneira geral, aumenta-se também o medo incutido na população detentora de algum patrimônio ou de alguma mínima condição de subsistência. Cria-se então um estado permanente de pânico e vigilância. Dessa forma, é mais fácil colocar em prática uma política higienista, que utiliza a retórica de que parte das vidas presentes ali não importam, são perigosas porque supostamente colocam em risco o patrimônio privado, a vida e a segurança dos demais.

O presidente da República, Jair Bolsonaro, disse em seu Twitter na noite do dia 20 de Agosto (dia do sequestro do ônibus) que "hoje não chora a família de um inocente". O que contém nessa sentença, além de uma crueldade gratuita, é a sádica ideia de que as vidas de pessoas que cometem crimes, ou mesmo as que são suspeitas de cometer crimes, não são passíveis de luto. BUTLER (2015) ao discutir as possibilidades de enlutamento diz que "a possibilidade de ser enlutada [a vida] é um pressuposto para toda a vida que importa". Se essa frase faz sentido é possível retirar da situação analisada no presente artigo que as vidas não têm o mesmo valor. Há vidas mais importantes do que outras, numa real escala de gradação, e há vidas que não entram nessa escala porque efetivamente não importam (nesse caso é a vida de Willian).

A verdade é que o sentimento de escárnio sobre as vidas dos que cometem crimes transcende esses sujeitos. Ao dizer que poderia lançar um míssil na Cidade de Deus - e isso apenas para exemplificar - Wilson Witzel diz que as vidas presentes naquela localidade também não são passíveis de luto. Porque na lógica utilizada não só pelo governador, mas por tantas outras figuras, como é o caso do atual presidente da República, as pessoas que vivem nas favelas do Rio de Janeiro e nas demais regiões periféricas,

são potenciais criminosos, numa contraposição falaciosa e estapafúrdia, criada para legitimar ações violentas por parte do Estado, entre os moradores dessas áreas e as "pessoas de bem" que vivem no asfalto.

Assim, o paradoxo existente é que o Estado enfrenta uma grave crise econômica (em dados divulgados pela Gazeta do Povo, avalia-se que em 12 meses, entre 2017 e 2018, a oferta de empregos caiu em 38 mil postos de trabalho), a crise reduz a possibilidade das pessoas de terem/consumirem bens úteis para sua própria subsistência, o que, por conseguinte, conduz ao aumento da ocorrência de crimes de toda sorte. O governo, sem conseguir pensar perspectivas para a redução da criminalidade e, não só, para a contenção da crise econômica, busca (e encontra) alvos para responsabilizar e, dessa forma, sente-se – e por vezes o é - legitimado não só para dizer que jogaria um míssil numa favela, mas para efetivamente subir em um helicóptero munido de armas, sobrevoar áreas periféricas e atirar em direção às casas e aos passantes. É o que BUTLER (2015) esclarece:

> [...] precisamente porque cada corpo se encontra potencialmente ameaçado por outros corpos que são, por definição, igualmente precários, produzem-se formas de dominação. […] a condição compartilhada de precariedade conduz não ao reconhecimento recíproco, mas sim a uma exploração específica de populações-alvo, de vidas que não são exatamente vidas, que são consideradas "destrutíveis" ou "não passíveis de luto". Essas populações são "perdíveis", ou podem ser sacrificadas, precisamente porque foram enquadradas como já tendo sido perdidas ou sacrificadas; são consideradas como ameaças à vida humana como a conhecemos, e não como populações vivas que necessitam de proteção contra a violência ilegítima do Estado, a fome e as pandemias. Consequentemente, quando essas vidas são perdidas, não são objeto de lamentação, uma vez que, na lógica distorcida que racionaliza sua morte, a perda dessas populações é considerada necessária para proteger a vida dos "vivos".

O que se passa no Rio de Janeiro é uma naturalização das situações de violência, em que não só crimes como sequestros, roubos, latrocínios, se tornaram habituais, mas a prática genocida por parte do braço armado do Estado é não só aceita como muitas vezes desejada por algumas camadas da população.

5. Conclusão

O que buscou-se com o artigo foi, além de traçar um pequeno panorama da atual conjuntura da Segurança Pública no Estado do Rio de Janeiro, colocar em pauta o discurso, que parece vir tornando-se hegemônico, de que há vidas que não merecem o enlutamento, como se fossem menos vidas do que outras. São essas não só as criminosas, o que já seria suficientemente problemático se entende-se que a criminalidade é um fator social, mobilizado por causas externas aos seres humanos, mas também aquela empobrecidas e vulneráveis, que são diuturnamente negligenciadas pela obrigação de fazer presente no Estado Democrático de Direito.

O escárnio presente na reação do governador do Estado do Rio de Janeiro após o assassinato do sequestrador do ônibus na ponte Rio-Niterói, além de suas incontáveis falas antes e depois da eleição para o cargo, demonstram o sentimento que foi incutido em parte da população fluminense, mas não só, acerca da população pobre e marginalizada. Ao entender que a operação que culminou com a morte de um cidadão foi um sucesso, ele diz a todo o Estado que há vida menos importantes, e mais, vidas que merecer sem choradas e vidas que não merecem ser choradas. A reação do presidente da República informa a mesma coisa, há famílias que merecem chorar seus mortos e outras não. É como se, para eles, algumas mortes computassem um saldo positivo para a população.

O sentimento de ódio e falta de empatia presentes na população do Estado do Rio, sentimentos estes causados pelo constante medo de ter seu patrimônio e/ou sua segurança colocados em risco, são potencializados não só pelas falas das autoridades, que ferem princípios básicos de igualdade, de inviolabilidade da vida e de segurança (todos presentes no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil), mas por suas políticas de Segurança Pública, que foram citadas acima.

Referências bibliográficas:

BUTLER, Judith. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto? - 1ª Edição – Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2015.

Caso da bala na jovem de 17 anos com o bebê no colo em Bangu: https://globoplay.globo.com/v/7843395/

Caso de Wilson Witzel em helicóptero armado: http://www.justificando.com/2019/05/06/governador-witzel-publica-video-dentro-de-helicoptero-que-atirou-sobre-comunidade-no-rj/

Código penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº os 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo n o 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

Dados divulgados pelo Jornal Gazeta do Povo: https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/ricardo-amorim/por-que-a-crise-no-rio-de-janeiro-e-mais-profunda-que-a-do-brasil/

Dados do Instituto de Segurança Pública: http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/index.html

Dados referente à intervenção federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro em 2018: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/intervencao-federal-no-rj-faz-6-meses-entenda-o-que-aconteceu-ate-agora.shtml

Declaração de Jair Bolsonaro: https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1163812739472482306

Declaração de um dos reféns em depoimento posterior ao sequestro do ônibus: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/politica/1566297269_483814.html

Entrevista do primo do sequestrado do ônibus: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/08/20/depressivo-sequestrador-de-onibus-era-bom-filho-com-familia-estruturada.htm

Explicação do Governador Wilson Witzel à suposta comemoração: https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/balanco-geral-rj/videos/comemorei-a-vida-diz-governador-wilson-witzel-sobre-sequestro-do--onibus-na-ponte-20082019

Fala de Wilson Witzel em Janeiro de 2019: https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz--novo-governador-do-rio,70002578109

Sistematização de dados pela Rede de Observatórios da Segurança: **https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2019/07/REDEOBS_infografico_01_julho_final.pdf**

Número de mortes por intervenção do Estado: http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/index.html

Reportagem sobre o sequestro do ônibus na ponte Rio-Niterói: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/politica/1566297269_483814.html

Wilson Witzel falando sobre míssil na favela da Cidade Deus: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/witzel-fala-em-explodir-traficantes-com-missil.shtml

DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO E DA INTERCULTURALIDADE: POSSÍVEIS TENSÕES ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA

Adolfo Veiller Souza Henriques

1. INTRODUÇÃO

Neste Artigo, a intenção é estudar os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade mediante uma revisão da literatura orientada pela abordagem qualitativa. Para tanto, considerar-se-á as possíveis tensões entre igualdade e diferença, ao mesmo tempo em que se vislumbra a problemática investigada pela perspectiva do direito pátrio.

Em um primeiro momento, a interação reciproca entre abordagens culturais diferentes é antevista como uma premissa válida, sobretudo se isto favorecer o fim das tensões entre grupos que manifestam valores diferentes(CANDAU, 2008). Para isto, é fundamental que patrocine o saudável convívio entre os diferentes, incitando a integração plena, mediante relações cordiais e respeitosas, preservando-se a diversidade, enriquecendo mutuamente todos(CANDAU, 2012).

Mesmo perante as suas prováveis vantagens imediatas, a interculturalidade é uma premissa, no mínimo, polêmica, sobretudo manifestando-se o interesse de transformá-la em uma política de Estado(WOLKMER, 2006). Afinal, quando, por exemplo, determinados movimentos atuam no sentido de impô-la a qualquer custo, alimenta-se um quadro social

propenso ao manifestar de tensões que acentuam bem além os prováveis atritos culturais precedentes. Maior ênfase ganha tudo isto tudo, se, aliás, existir um interesse em efetivá-la pela educação(RAMOS, 2011).

Dito tudo isso, apresenta-se a seguinte indagação: Hoje, é possível afirmar que os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade são preservados pela perspectiva do direito pátrio, de tal maneira que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença? Será na apresentação de uma resposta adequada a esta pergunta que todas as atividades subsequentes serão consumadas neste Artigo.Por consequência, o principal objetivo deste estudo será analisar os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade, visando compreender até que ponto o direito pátrio poderá impedir as prováveis tensões entre igualdade e diferença. Ao lado disto, aqui também serão executados os seguintes objetivos específicos:

- Dimensionar a relevância da educação e da interculturalidade para que os direitos humanos sejam qualitativamente preservados;
- Destacar a base normativa que assegura tanto acesso à educação como também o experimento da interculturalidade no Brasil;
- Avaliar de que maneira a legislação pátria atua no sentido de impedir as prováveis tensões entre igualdade e diferença.

A priori, a realização paulatina deste estudo implicará em uma valiosa estimativa de algumas particularidades da legislação pátriadestinadas a impedir prováveis tensões entre a igualdade de direitos e deveres na subsistência das diferenças culturais. Sendo assim, dimensionando-se a relevância da educação e da interculturalidade, possibilita-se compreender de que jeito os direitos humanos são preservados pela base normativa vigente, equalizando as diferenças com justiça (MOLAR, 2011).

Para tanto, é importante assegurar tanto acesso à educação e o experimento da interculturalidade no Brasil, embora os desafios sejam consideráveis em uma atividade de tamanha envergadura, em todas as ocasiões e contextos. Por isto a avaliação da legislação pátria poderá ajudar a descobrir de que maneira serão impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença pela perspectiva da interculturalidade na prática educativa(LUCAS, 2008).

Conquanto aceitar as diferenças, tolerando-se com justiça os culturalmente desiguais, seja uma premissa imprescindível ao pacífico conviver,

urge que isto se realize apenas de maneira natural, sem que se transforme em uma imposição Estatal. Parece que uma constatação relativamente simples não é levada em conta em algumas ocasiões, gerando uma quantidade mais ou menos variável de tensões que poderiam ser evitadas (CANDAU, 2012; MOLAR, 2011).

Em suma, estas são as principais ideias que serão exploradas neste Artigo.Espera-se que os seus resultados sejam úteis ao enriquecimento do debate acadêmico, implicando na construção de uma mentalidade de aceitação e de tolerância entre os diferentes.

2. A RELEVÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DA INTERCULTURALIDADE

De maneira simples, a educação se sumaria em uma atividade de natureza social que visa instruir, além de conceder disciplina e polidez de uma só vez. Por consequência, educar literalmente implica em compartilhar, mediante uma atividade bem determinada, costumes, hábitos e valores, permeados por uma quantidade mais ou menos variável de competências as quais poderão ser úteis na esfera social(SAVIANI, 2013).

Como um meio que favorece a transmissão de competências e habilidades, incluindo-se inúmeras delas que serão vitais para o saudável convívio social, a educação se efetiva como uma maneira eficaz de "doutrinar"[58] os mais novos. Nesta perspectiva, a instrução também poderá servir para que os valores e os princípios mais relevantes de uma determinada sociedade em particular sejam preservados, ao mesmo tempo em que crianças e jovens são intelectualmente instruídos. Se instruídos e doutrinados conforme se deseja, poderão auxiliar na preservação cultural da sociedade que estão inseridos.

Sem o uso da educação, as novas gerações não estão passíveis a manifestar o que delas se deseja no futuro, visto que, educando os mais novos, os mais velhos se perpetuam no futuro, preservando a própria visão de mundo. Portanto, sem educação, ou seja, sem um aparelho ou normatização que possa mantê-la, qualquer sociedade estará fadada a morrer,

58 No caso, como doutrina aqui se considera a descrição clara, direta e precisa de todos os conceitos, definições, ideias, paradigmas, premissas e teorias que serão vitais a constituição qualitativa de uma determinada visão de mundo.

perdendo a identidade que lhe caracteriza, sintetizando tudo aquilo que lhe é importante, em simultâneo. De uma maneira ou de outra, será pela prática da educação que o patrimônio cultural poderá se conservar, além de se expandir, como, aliás, acontece mediante qualquer sistema de educação (CANDAU, 2011).

Ciente do papel que a educação desempenha em qualquer sociedade, todos os agrupamentos humanos vão determinando de que forma as novas gerações serão preparadas para perpetuar a visão de mundo que estão inseridos. À medida que se tornam mais complexos, os agrupamentos humanos vão reforçando os meios que se destinam ao ato de educar, mediante o instruir de habilidades e competências, além de valores e princípios que doutrinam. Com isto, vão surgindo inúmeros instrumentos que vão servindo para consolidar um conjunto mais ou menos variável de valores e princípios que, por sua vez, se sintetizam no patrimônio cultural. Não é por acaso que sempre que uma determinada sociedade deseja prevalecer sobre outras toma conta de todos os meios que irão reforçar a sua própria visão de mundo, impondo a cultura que lhe sumaria.

No Brasil, a educação, sobretudo a sua normatização, é um dos temas mais recorrentes desde os primeiros anos da independência.De qualquer maneira, apenas em 1961 foi determinada uma grade curricular mínima apta ao fomento do ensino de competências e habilidades mediante a Lei 4.024/1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Mesmo que ainda passível a ajustes e melhorias, este instrumento normativo serviu para traçar as premissas básicas da educação bem como as suas prováveis repercussões na esfera cultural. Nos anos seguintes, as autoridades brasileiras estabeleceram um conjunto mais ou menos variável de premissas destinadas a fundamentar a educação no território pátrio pelo uso de uma nova LDB no ano de 1971, o que aconteceu com a Lei 5.692/1971. Urge, frisar que nenhuma destas leis foi capaz de unir educação e cultura de forma direta, mesmo que a base curricular que sintetizavam já estabelecia alguns conceitos adequados em uma necessidade de tamanha envergadura.

Fundamentada pelo uso de uma nova perspectiva, no texto da Carta Magna de 1988 declara-se que a educação, além de ser um dever conjunto do Estado e da família, é um direito de todos os brasileiros. Isto implica que ela deverá ser promovida mediante ações estatais que deverão ser reforçadas pela sociedade. Nesta perspectiva, ela deverá propender ao

desenvolvimento pleno da pessoa, incluindo-se o seu preparo para a prática efetiva da cidadania, ao mesmo tempo em que implica na qualificação individual para a vida produtiva no trabalho. Isto significa que educar, em simultâneo ao oferecer de costumes, hábitos, valores, além de uma extensão mais ou menos variável de competências, também deve ser vista, no Brasil, como uma maneira de formar cidadãos. É neste ponto que o fomento da intercultura poderá se inserir, implicando no consumar de uma prática pedagógica que poderá se enviesar rumo à autoafirmação de determinados grupos sociais (ARAÚJO, 2017).

Por sua vez, é possível delimitar como intercultural tudo aquilo que se experimenta (de uma forma ou de outra) nas relações sociais que implicam na troca de valores, tomando conhecimento das diferenças que poderão existir entre grupos sociais de origens distintas (COPPETE, 2012). Como existe o interesse de transformar a escola pública no Brasil em um instrumento de transformação social, a intercultura poderá ser uma das premissas a se seguir na hora de educar. Nestas ocasiões, atua-se no sentido de garantir a transmissão de uma base de valores que incite o desenvolvimento pleno de competências e habilidades, permeadas pelos inúmeros paradigmas culturais em voga[59].Este inserir, todavia, não é uma tarefa tão simples, como também é algo isento de críticas, porquanto a intercultura nas atividades comuns à educação é antevista como uma maneira indireta de imposição cultural (CANDAU, 2010).

Isso não significa que a intercultura não possa incitar em um clima social positivo para a construção de mentalidade de maior respeito e tolerância entre os diferentes (COPPETE, 2012). Deste jeito se cogita porque o diálogo intercultural é uma maneira de fazer com que os diferentes se aproximem, compreendendo as suas convergências e os seus pontos em comum. Isto, aliás, ao mesmo tempo em que as suas diferenças são aceitas em plenitude, o que é imprescindível para que os grupos culturais de origens diferentes possam conviver mediante doses razoáveis de concórdia, equidade e paz.Não é à toa que as Nações Unidas consideram que a intercultura é uma premissa bastante importante para que os direitos humanos sejam preservados com qualidade. Embora desejável, parece que isto tudo não condiz com que realmente

59 Ou pelo menos em teoria é isto que se prediz nas políticas públicas voltadas para a educação no território pátrio.

se sucede na prática, sobretudo no típico ambiente escolar brasileiro(AKKARI, 2013; BASTOS, 2012).

Em qualquer momento, o patrimônio cultural é um bem imaterial. Como tal, ele é intangível, mesmo que as suas manifestações sejam efetivadas no ambiente concreto de maneiras bem distintas e visíveis. Ele, ou seja, o patrimônio cultural também deve sempre se efetivar de modo inalienável, incitando um clima adequado ao preservar dos valores que sintetizam um determinado grupo humano em particular(AKKARI, 2013).Isto tudo, evidentemente, depende bastante de uma dose razoável de concórdia, respeito e tolerância que devem se manifestar em todas as interações sociais que vão se sucedendo todos os dias. Sendo assim, ausentando-se concórdia, respeito e tolerância, incita-se um clima geral complicado para que o patrimônio cultural seja assegurado com qualidade. Se o patrimônio cultural se encontra ameaçado, será bem complicado certificar que a educação seja um instrumento de propagação da intercultura.

Conquanto não seja uma atividade simples, educar visando a preservação da igualdade de direitos e obrigações é algo passível a se realizar no ambiente escolar. De qualquer jeito, igualdade e diferença só serão consumados pela prática da intercultura, preservando-se a necessária dose de concórdia, respeito e tolerância, visando impedir que abusos sejam consumados pelos excessos (COPPETE, 2012).

3. A BASE NORMATIVA DA EDUCAÇÃO E DA INTERCULTURALIDADE

No Brasil, tanto a educação como também o efetivar da tolerância às diferenças culturais já estão, de alguma maneira, salvaguardas no texto da Carta Magna. No entanto, não com igual clareza e objetividade.De alguma maneira tal constatação irá reverberar na provável junção entre educação e intercultura (AKKARI, 2013; ARAÚJO, 2017).

Ou seja, enquanto a educação tem um artigo inteiro que lhe fundamenta, a tolerância às diferenças culturais se encontra acobertada de forma difusa. Por isto não é possível afirmar que a junção entre intercultura e educação tem nas premissas da carta magna uma aproximação devidamente qualificada. Mesmo não existindo uma correlação direta, é inequívoca a possibilidade de aproximá-los(BASTOS, 2012; CANDAU, 2008).

Além de alguns apontamentos feitos no texto constitucional de 1988, a educaçãoé, no momento, determinada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996, como já dito acima. Neste instrumento, todas as premissas que irão determinar de que modo a educação deve se efetivar é sumariamente apresentando, inclusive determinando as obrigações de cada unidade estatal. Uma base que irá se efetivar em todos os níveis, indo do letramento da educação básica[60] ao ensino superior. De certo modo a LDB de 1996 já representa uma tentativa de incitar uma prática didático-pedagógica favorável ao experimento qualitativo da intercultura, mesmo que isto não seja predito diretamente (CANDAU, 2010; 2011; 2012).Conquanto declare que se deve fazer, o texto da LDB de 1996 não demonstra como demonstra como uma tarefa tão complexa poderá se realizar.

Inclusive, um dos pontos que também se determina pela LDB diz respeito aos conteúdos que deverão ser trabalhados em todos os níveis de ensino. Ou seja, as premissas da Lei 9.394/96, incita na constituição de um currículo mínimo que deve se replicar em todas as escolas do Brasil. Aliás, um replicar que poderá favorecer determinadas demandas em detrimento de outras, valorizando alguns posicionamentos que são importantes para alguns grupos ou setores sociais.É na inserção, ou seja, no estabelecimento das premissas mínimas que incitam o fomento de alguns assuntos, que a interculturalidade poderá se realizar em subsequência. Um realizar que poderá variar bastante, conquanto vá se concretizando aos poucos, alimentando um ambiente geral capaz explorar a educação como um eficaz instrumento de aproximação de mentalidades culturais diferentes (COPPETE, 2012; LUCAS, 2008).

Em 2003, a Lei 9.394/96 recebe uma mudança que implica em uma alteração significativa quanto à estrutura curricular. Esta mudança de grande amplitude se materializa mediante o estabelecimento da Lei 10.639/2003 que comina na inserção da História e Cultura Afro-Brasileira, além de dá outras providências. Apesar das inúmeras contribuições da cultura africana no Brasil, era, até aquele momento, público e notório a carência de conteúdos africanos na grade curricular mínima do ambiente escolar brasileiro. Sendo assim, torna-se obrigatório trabalhar com estes conteúdos, sobretudo no decorrer da educação básica, o que estimulará

60 Incluindo-se aqui o Ensino Fundamental e o Médio.

inúmeras mudanças também na base curricular dos cursos superiores de licenciatura por exemplo. Com visto, as consequências subsequentes desta medida servirão para o emergir de inúmeras outras coisas condizentes com a construção de um ambiente escolar apto ao conviver de múltiplas perspectivas culturais em simultâneo(MOLAR, 2011; RAMOS, 2011).

Qual o resultado prático disto tudo para o efetivar da intercultura? Pode ser visto como uma mudança que serve como um ponto de partida interessantíssimo para que perspectivas culturais diferentes possam, na medida do possível, coexistirem de forma pacífica. De qualquer jeito, os resultados gerais da Lei 10.639/2003 ainda não estão adequadamente dimensionados, porquanto o espaço escolar brasileiro ainda carece de medidas aptas a construção de uma consciência multicultural eficaz.Por qual é possível afirmar que, apesar dos avanços concebidos pelo experimento da Lei 10.639/2003, ela ainda foi insuficiente? Simplesmente porque apenas com a Lei 11.645/2008 a cultura indígena também recebe tratamento igual, igualando-se ao que se pré-determinava em relação a história da história e cultura afro-brasileira(CANDAU, 2012; COPPETE, 2012).

Em uma sociedade tão heterogênea, como é o caso da brasileira, é possível que estejam coexistindo em simultâneo uma imensa variedade de conceitos e definições divergentes de cultura, como já aceito pelas legislações que se destacam acima. Bem mais do que isto, ou seja, várias ideias, paradigmas, premissas e teorias que se vinculam a determinados grupos culturais em particular se manifestam à sua maneira, caracterizando cada agrupamento social em particular. No momento, uma maneira de possibilitar a coexistência de tantas diferenças é orientando-se pela perspectiva da intercultura. Afinal múltiplas visões de mundo estão a coexistir aqui desde a época da colonização portuguesa, materializando uma amálgama multifacetada. Aliás, um cenário que "aproxima" índios, brancos e negros (bem como asiáticos e um universo de mestiços) que estão a contribuir para a cultura nacional, mediante uma mistura que nos caracteriza no mundo como um caso interessantíssimo. Um caso que também implica em uma necessidade coletiva de tolerância e respeito às diferenças, o que só poderá acontecer mediante a prévia proteção normativa (ALMEIDA, 2009; BENEDICT, 2013).

Em um país tão diverso, a possibilidade de coexistência pacífica entre perspectivas culturais diferentes é fundamental para o bem geral de to-

dos. Isto, todavia, não é uma atividade que poderá se realizar de qualquer maneira, visto que solicita, pelo menos, o reconhecimento adequado de todas as particularidades que cada grupo cultural possui. Com o reconhecimento apropriado desta premissa, a perspectiva da intercultura poderá se efetivar no Brasil de maneira favorável ao interesse geral de cada grupo cultural em particular. Acontecendo isto, talvez seja possível qualificar, como se deve, as contribuições próprias de todos os grupos culturais que contribuíram para a identidade cultural do brasileiro, o que tem como base as leis 10.639/2003 e a 11.645/2008 (SCHWARCZ, 2013).

Mesmo que não pareça, o inserir da intercultura da educação talvez seja o ponto de partida para que a nossa sociedade fundamente um clima geral de maior respeito e tolerância. Um clima em que não serão impostas medidas universais para ações ou atos isolados, porquanto cada visão cultural só poderá ser avaliada mediante as suas próprias bases. Aliás, é justamente isso que se espera do amálgama cultural do Brasil perante a mistura que aqui se vislumbra (BENEDICT, 2013; SCHWARCZ, 2010).

Mesmo assim, nada disso significa que uma perspectiva intercultural vem sendo valorizada no espaço escolar brasileiro, conquanto sejam vistas algumas ações que dizem se interessar por isto.Tal afirmação embasa-se, por exemplo, no grande desafio que é acessar materiais didático-pedagógicos que sejam apropriados em uma tarefa de tamanha envergadura (SAVIANI, 2013; WOLKMER, 2006).

4. IMPEDINDO TENSÕES ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA

Uma das premissas mais importantes em qualquer sociedade calcada no regime democrático, é possibilitar o experimento equitativo de direitos e deveres. Tudo isso não é uma atividade tão simples porquanto lida com uma grande quantidade de desafios prévios que devem ser vencidos. Aliás, não basta vencê-los de qualquer jeito. É fundamental que sejam superados com qualidade, incitando um conviver social pacífico com maior frequência(BENEDICT, 2013; SCHWARCZ, 2010).

Certamente todas as leis, normas e regulamentos são sempre elaborados para que sejam correspondidos determinados anseios coletivos os quais apenas pela intervenção direta do ente estatal serão satisfeitos como se espera. Se não são superados, serão pelo menos remediados de uma

maneira em que incite um clima social favorável ao diminuir dos conflitos coletivos dos mais variados tipos, em todas as ocasiões e contextos. Uma possibilidade que valerá à pena, sobretudo se favorecer a construção de uma sociedade mais equitativa, equilibrando direitos e deveres(ALMEIDA, 2009; BENEDICT, 2013).

Para que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença, é importante assegurar tanto acesso à educação como também o experimento da interculturalidade para todos com igual qualidade. Conquanto seja uma meta válida, os desafios para que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferençasão apreciáveis, mesmo com o conjunto normativo que se destina para isto[61]. Inclusive nem sempre estão adequadamente acobertados inúmeros aspectos que lhes são importantes, como é o caso, por exemplo, as premissas curriculares que deverão ser usadas para que os temas relevantes à defesa dos direitos humanos sejam lecionados do melhor jeito possível. De qualquer maneira, para aceitar as diferenças, urge acolher com justiça os culturalmente desiguais, sobretudoincitando o pacífico conviver de forma espontânea. Mesmo que desejável, isto com muita frequência não se efetiva de modo natural, o que incita uma imposição Estatal para que aconteça, conforme a legislação pré-determina(ALMEIDA, 2009; BENEDICT, 2013).

Para que sejam impedidas tensões entre igualdade e diferença, é fundamental que todos os valores éticos, de todos os cidadãos sejam tratados com total respeito. Aliás, se a sua herança cultural não transgride nenhum direito básico de outrem, é válido vivenciá-la. De qualquer maneira quando se vive em sociedade, urge seguir normas mínimas de civilidade e bom-senso para que a harmonia geral seja assegurada em qualquer circunstância. Com certeza, viver a sua própria cultura não fará de um cidadão uma pessoa criminosa. Apesar disto, há um conjunto de ações socialmente manifestas que desprestigiam certos espectros culturais, como é o caso dos cultos afros nas décadas anteriores, por exemplo. Assim quem não respeita o patrimônio cultural de outrem comete grave crime. No geral, o sujeito preconceituoso e racista é totalmente contrário aos valores democráticos e a cidadania. Com isto, as suas atitudes podem ferir o direito alheio de maneira mais ou menos variável, incitando ódio e até violência. Isto tudo

61 No Brasil, nem uma coisa nem outra vem sendo feita, porquanto nem a educação nem o fomento da cultura estão equacionando bem defesa dos direitos humanos.

sujeitará qualquer um ao julgamento determinado pelas leis vigentes no momento, pois o preconceito é atitude criminosa no Brasil(SAVIANI, 2013; WOLKMER, 2006).

Para que sejam impedidas tensões entre igualdade e diferença, é preciso que sejam evitadas ações preconceituosas e racistas, sobretudo aquelas que segregam das mais variadas maneiras, perpetuando situações de grave afronta ao bem coletivo. Qualquer cidadão, se impossibilitado for de viver a sua própria identidade cultural, viverá alienado no porvir. Ao lado disto, verifica-se que as instituições brasileiras ainda não assimilaram a Lei 10.639/2003 com a necessária qualidade. Mesmo diante de todos esforços contrários das autoridades, esta é a realidade comum a qualquer que insere em padrões culturais contrários ao padrão predominante, o qual não recebe tratamento adequado ao direito que lhe assiste em inúmeras ocasiões. Hoje, há uma tendência legal que visa corrigir injustiças sociais, o que é muito importante ao exercício da cidadania bem entendida. E isto, por sinal, também uma questão de salvaguardar os direitos humanos, além de valorizar o experimento da intercultura(-CANDAU, 2012; COPPETE, 2012).

Para que sejam impedidas tensões entre igualdade e diferença, é imprescindível a manutenção de sistema social que valorize os direitos humanos explorando as possibilidades inerentes à intercultura mediante uma educação inclusiva e cidadã. Deste jeito dever ser porque, ao lado de um sistema que segrega, materializa-se uma tendência de perpetuar a marginalização de determinados segmentos sociais. Aliás, o cidadão marginalizado, como qualquer outro, fazer jus ao acesso facilitado aos serviços de educação e saúde, além de alimentação digna em todas as ocasiões, além de total possibilidade de viver a sua cultura ancestral com total segurança. Isto, no entanto, ainda não é uma realidade social consolidada. Assim se sucede porque em todas as regiões do Brasil subsiste um preconceito fugaz. Deste modo se vislumbra, sobretudo, nos grandes aglomerados urbanos, os quais a segregação é presente com maior amplitude(BASTOS, 2012; CANDAU, 2008).

Para que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença, é vital que o Estado fomente tolerância e respeito mediante a valorização da intercultura. No geral, ausentando-se possibilidades mínimas de respeito e tolerância, aliando isto à omissão diária do Estado, o cidadão,

independentemente de sua cor ou raça, poderá ter os seus direitos básicos violados. Entre estes direitos é possível inserir a valorização de suas raízes culturais. De qualquer jeito, antes de marginalizá-lo e puni-los, é vital compreender até que ponto as condições socioeconômicas inviabilizam o viver qualitativo do cidadão, ao mesmo tempo em que nega a sua cultural. Não é fácil assim agir. É, todavia, importantíssimo defender a cidadania em todas as ocasiões. Até porque esta também é uma premissa relevante para a preservação dos direitos humanos pela perspectiva da interculturа(BASTOS, 2012;SAVIANI, 2013).

Em suma, para que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença, necessita-se de uma mudança geral de paradigma para que uma nova sociedade seja constituída em seguida.

5. CONCLUSÃO

Mediante uma revisão da literatura orientada pela abordagem qualitativa, aqui se buscou estudar os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade. Sendo assim, foram consideradas as prováveis tensões entre igualdade e diferença, tomando como base o equacionar da problemática investigada fundamentando-se em premissas expostas no ordenamento pátrio.

Desse jeito, o principal objetivo deste estudo foi analisar os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade. Isto foi feito visando compreender até que ponto o direito pátrio poderia impedir as prováveis tensões entre igualdade e diferença. Com isto, aqui também serão executados 3 (três) objetivos específicos. No primeiro deles, o intuito foi dimensionar a relevância da educação e da interculturalidade para que os direitos humanos sejam qualitativamente preservados. No objetivo seguinte, buscou-sedestacar a base normativa que assegura tanto acesso à educação como também o experimento da interculturalidade no Brasil. Ao seu tempo, no terceiro objetivo específico a meta foiavaliar de que maneira a legislação pátria atua no sentido de impedir as prováveis tensões entre igualdade e diferença.

Dito tudo isso, indaga-se mais uma vez: Hoje, é possível afirmar que os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade são preservados pela perspectiva do direito pátrio, de tal maneira que sejam impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença?

Considerando as premissas que estão expressas no ordenamento pátrio, é possível afirmar que sim, ou seja, que os direitos humanos no âmbito da educação e da interculturalidade são preservados. Aliás, na medida do possível, também estão sendo impedidas as prováveis tensões entre igualdade e diferença, visto que normas como a Lei 10.639/2003, e, sobretudo a Lei 11.645/2008. Isto, evidentemente, não significa que não possam acontecer eventos esporádicos nos quais os direitos humanos naesfera da educação e da interculturalidade não sejam ameaçados. Eventos deste tipo existem, mas eles estão recebendo uma observação qualificada do ente estatal que visa debelá-los o mais breve possível.

Enfim, estes são os principais resultados deste Artigo. Perante as suas prováveis consequências, espera-se que sejam usados como provável ponto de partida para outras pesquisas que se interessam por problemática mais ou menos semelhante àquela que se finaliza neste ponto.

REFERÊNCIAS

AKKARI, Abdeljalil; MARQUES, Luciana Pacheco; SANTIAGO, Mylene Cristina. **Educação Intercultural:** Desafios e Possibilidades. Petrópolis: Vozes, 2013. Disponível em: <encurtador.com.br/knFK7>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

ALMEIDA, Mauro W. Barbosa de. **Guerras culturais e Relativismo Cultural.** São Paulo**:** USP, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000300001>. Acessado em: 19 de setembro de 2019.

ARAÚJO, Gilda Cardoso de. **Direito à Educação, Diversidade e Educação em Direitos Humanos.** Curitiba: UFPR, 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/ptCGZ>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

BASTOS, Maria Helena Câmara. **A Educação nas Constituições Brasileiras.** Petrópolis: Vozes, 2012. Disponível em: <encurtador.com.br/fyP45>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

BENEDICT, Ruth. **Padrões de cultura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direitos Humanos, Educação e Interculturalidade:** As Tensões Entre Igualdade e Diferença**.** Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008.Disponível em: <encurtador.com.br/bopH5>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

_____.**Estado, Política Educacional e Direito à Educação no Brasil:** O Problema Maior é o de Estudar. Campinas: Educar em Revista, 2011. Disponível em: <encurtador.com.br/nwXY0>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

_____. **Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos.** Campinas: Educação e Sociedade, 2012. Disponível em: <encurtador.com.br/gsQS0>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; OLIVEIRA, Luiz Fernandes de. **Pedagogia Decolonial e Educação Antirracista e Intercultural no Brasil.** Belo Horizonte: Educação em Revista, 2010. Disponível em: <encurtador.com.br/dnsU2>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

COPPETE, Maria Conceição; FLEURI, Reinaldo Matias; STOLTZ, Tania. **Educação para a Diversidade numa Perspectiva Intercultural.** Chapecó: Revista Pedagógica, 2012. Disponível em: <encurtador.com.br/cuGU7>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade:** Um Diálogo Entre a Igualdade e a Diferença. Porto Alegre: UNISINOS, 2008. Disponível em: <encurtador.com.br/mpwCT>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

MOLAR, Jonathan Oliveira. **A Alteridade na Educação**: Noção em Construção. São Paulo: NUPEM, 2011. Disponível em: <encurtador.com.br/brKNV>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

RAMOS, Aura Helena. **Educação em Direitos Humanos:** Local da Diferença. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Educação, 2011. Disponível em: <encurtador.com.br/lnzO9>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

SAVIANI, Demerval. **Vicissitudes e Perspectivas do Direito à Educação no Brasil:** Abordagem Histórica e Situação Atual. Campinas, UNICAMP, 2013. Disponível em: <encurtador.com.br/bDGT4>. Acessado em 9 de setembro de 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil 2ª Ed. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

_____. **Nem Preto, Nem Branco**: Muito pelo Contrário. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade.** Florianópolis:UFSC, 2006. Disponível em: <encurtador.com.br/gpKX1>. Acessado em: 8 de setembro de 2019.

POR UMA PEDAGOGIA DA LEI: AUTONOMIA, DEMOCRACIA E LIBERDADE

Ivone Laurentino Dos Santos

INTRODUÇÃO

Vivemos tempos tenebrosos em que imperam sociedades individualizadas(Bauman,2008), reféns do que Bauman(2010) denomina de *"Capitalismo parasitário"*. Nossa já tão frágil democracia corre sérios riscos, não somente de continuar estagnada, como de sofrer retrocessos irreparáveis a curto e médio prazos. Nesse momento, por exemplo, interrompi a escrita deste texto para prestar atenção na notícia sobre o sepultamento da garotinha Ágatha Félix, de apenas oito anos, que foi *atingida* nas costas por um tiro de fuzil, dentro da Kombi em que viajava, no Complexo do Alemão(Rio de Janeiro). Trata-se de mais uma criança, dentre tantas outras, vítimas diariamente da violência e da barbárie instaladas no nosso Brasil.

Precisamos juntar esforços para a construção de uma paz duradoura, permanente e estável, que seja capaz de estancar os conflitos, guerras e violências, que representam a negação de direitos fundamentais e a violação dos direitos humanos, e afetam sobremaneira os mais pobres e socialmente mais frágeis. Carecemos, com urgência, de investir na construção de mecanismos que nos ajudem a superar essas experiências castradoras da nossa humanidade; mecanismos estes que alimentem a esperança(-Freire, 1992) tão necessária para que continuemos na luta, eliminando toda e qualquer prática que seja nociva à construção da paz. Mas como e

por onde devemos começar esse processo que implica na desconstrução e reinvenção dos saberes que não atendem às demandas e necessidades das populações, grupos e comunidades, de forma geral e, especialmente, não contemplam os interesses daqueles pertencentes a "banda frágil"(Garrafa, 2005) da sociedade brasileira?

A importância deste estudo reside na ousadia de chamar a sociedade(Barbier, 1985/2004) para uma reflexão radical sobre as possibilidades de construção coletiva de uma "Pedagogia da lei", que nos permita aprofundar as diversas análises sobre os "saberes jurídicos", libertando-os das amarras burocráticas, que acabam por esvaziá-los de sentido, prejudicando, de forma devastadora e irremediável, as lutas e movimentos sociais por democracia, liberdade e dignidade.

1. Por uma Pedagogia da Lei

Paulo Freire(1992/2000/2005) - conhecido como o "Pedagogo da liberdade", escreveu tantas pedagogias quanto julgou necessário. A última Pedagogia deste filósofo, publicada em vida: "Pedagogia da autonomia"(1996), é considerada uma síntese do seu pensamento pedagógico. O que Freire propõe, em todas as suas pedagogias, não seria tão utópico, caso não vivêssemos sob o jugo da ética de mercado(Freire, 2000): que se rompa, através da educação, com o processo histórico de opressão e dominação, que submete os oprimidos à condições desumanizadoras (Freire, 2005).

Para tanto, segundo Freire(1992/2000/2005) torna-se necessário que enveredemos por caminhos alternativos que, por um lado, possibilitem à todos uma postura ético-política, e, por outro lado, sirvam como fios condutores para a construção de uma nova história, mais humana, que respeite a presença de homens e mulheres no mundo, para o mundo e com o mundo. Estes caminhos pressupõem liberdade como meio e como finalidade e constituem-se, como já dito, em movimentos dialéticos que rompam com a opressão e construam a libertação; movimentos estes comprometidos com as causas dos que sofrem e com a justa necessidade de suprimir seus sofrimentos, substituindo- os pelo reconhecimento de seus direitos legítimos de serem gente; de se apresentarem em público, sem sentirem vergonha ou pena de si mesmos; de se humanizarem, e,

como seres de projetos que são, se lançarem na eterna busca de pensar sonhos possíveis e realizáveis.

O fato é que em busca de liberdade e libertação, temos pela frente uma vasta gama de condicionamentos a enfrentar. A preocupação inicial que resultou neste estudo foi o fato de que estamos muito acostumados a enxergar o direito e, particularmente os "direitos humanos" como um corpo fechado, onde estão prescritas, em definitivo, as nossas limitações e possibilidades. Mudar essa perspectiva torna-se, cada dia mais, urgente e necessário.

Para tanto, carecemos do que a Dra. Rita Segatto(2006) - referência nacional e internacional em direitos humanos - na minha qualificação de doutorado em Bioética pela Universidade de Brasília(2014), chamou de "Pedagogia da lei"; trata-se de uma Pedagogia política que nos permita compreender os legítimos movimentos e processos sociais aos quais a prática do direito está irremediavelmente vinculada. A construção de uma "Pedagogia política do direito", que pensasse o direito para além do seu campo normativo, libertaria tal saber da ingrata tarefa de negar para si mesmo e para a sociedade o seu caráter eminentemente relacional e transformador.

Nessa perspectiva, o direito deixaria de ser visto como uma campo neutro, asséptico, que equivocadamente é compreendido como um fenômeno que se faz de modo desvinculado da realidade mesma(Dartigues, 1992). Ao contrário, o direito não se furtaria a pensar a si mesmo e a realidade, de modo crítico e problematizador(Santos, 2013/2014); encarando de frente as suas próprias contradições, na tentativa de contribuir minimante para a superação da injustiça, da desigualdade e da discriminação que afetam sobremaneira as vidas dos mais pobres, a quem Freire(2005) chamou de "oprimidos sociais" e Dussel(2012) denominou de "vítimas" da globalização e da exclusão.

Para Freire(1992), ninguém luta para um dia conquistar a liberdade como resultado isolado da luta. A luta é a própria materialização em curso da liberdade; ao lutar, homens e mulheres vão se fazendo e se refazendo historicamente e este processo relacional, em busca de libertação, se confunde com o próprio fluir da humanização, do qual ninguém deve ser excluído. Por conta disso, a conscientização e libertação a que Freire(2016) se refere são acontecimentos históricos eminentemente solidários: ninguém se conscientiza, se educa ou se liberta sozinho.

A "Pedagogia da lei" aqui proposta, portanto, seria um fio condutor que nos permitiria fazer coletivamente - nas oportunidades variadas e com os atores sociais interessados - uma espécie de "arqueologia dos saberes jurídicos", na perspectiva de refletir sobre os aspectos sociais e políticos que atravessam estes mesmos saberes, de modo que pudéssemos, durante o processo, nos articularmos para as mudanças que a sociedade brasileira hoje tanto necessita.

Como diria Paulo Freire(2016), a libertação é, ao mesmo tempo, um sonho ainda por si concretizar e um processo sem o qual esse mesmo sonho jamais deixará de ser apenas um sonho. Uma "Pedagogia da lei" pode ser compreendida como um caminho a ser percorrido em busca de liberdade, mas não somente. Ela também pode ser vista como a própria liberdade em movimento, em busca de mais liberdade.

2. Educação em e para direitos humanos

Como Freire(2000), acredito piamente que "*se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela, tampouco, a sociedade muda"*(p. 67). Freire se refere, entretanto, a um projeto de educação emancipadora, *em e para* direitos humanos, que tenha como proposta a formação de pessoas autônomas, livres e desejosas de lutar por um mundo igualitário e socialmente mais justo; uma educação inclusiva que possibilite o desenvolvimento da consciência crítica dos educandos, sintonizada com a tarefa, de cada um e de todos, ao mesmo tempo, de combater toda e qualquer opressão, injustiça e desigualdade e construir formas de libertação, justiça e solidariedade.

Enfim, trata-se de construir uma "educação como prática de liberdade" (Freire, 2011a), que considera o ato de ler e de aprender como condições para a cidadania autêntica e a transformação do mundo; uma educação em e para direitos humanos, que pode e deve atuar no sentido de contribuir para que a sociedade reflita sobre quais tem sido suas prioridades e demandas, em um processo permanente de tomada de consciência coletiva, não somente do caminho já percorrido, como das lutas do "aqui e agora", das quais dependerão o nosso futuro e o futuro das próximas gerações.

Uma educação desse porte carecerá de uma perspectiva diferenciada do que seria o direito. Uma concepção do direito, como um fenômeno nascido nas ruas(Souza Junior,2011), resultante das lutas e movimentos

sociais, terá grandes chances de impactar positivamente na sociedade, com possibilidades reais de promover as mudanças necessárias. Desse modo, o direito deve ser encarado para além dos documentos oficiais e, sobretudo, como um processo dinâmico e dialético(Filho, 2012), que não existe independente das nossas ações, mas, ao contrário, nasce das nossas lutas como cidadãos brasileiros e cidadãos do mundo.

Hoje, mais do que nunca, carecemos de Pedagogias críticas nos moldes daquelas gestadas por Paulo Freire(1992/2000/2005). E porque não uma Pedagogia da lei? Esta, sem sombras de dúvidas, seria de muita utilidade, se considerarmos que temos pela frente a tarefa nada fácil de pensarmos um projeto de educação emancipadora, que nos instrumentalize como sujeitos críticos que somos, no sentido de que possamos pensar, juntos, uma nova realidade, configurada a partir do desenho de um horizonte utópico, cujos pilares fundamentais sejam a democracia, a autonomia, a liberdade, a cidadania e a dignidade humana.

Trata-se de um projeto de "Educação *em* e *para* Direitos Humanos e Cidadania", que pense o direito como liberdade e não apenas como normas a serem seguidas sem questionamentos(Souza Junior, 2015); que "arme" a sociedade para que a mesma se reinvente, a partir das legítimas experiências políticas de reconstituição, de renovação das instituições e das próprias práticas sociais. Enfim, trata-se de um projeto de justiça que recuse, de forma incondicional, toda e qualquer ação que desconheça os valores da própria justiça, da democracia e da cidadania; que recuse ações propagadoras da tortura, da censura, da redução e criminalização da política e dos processos e movimentos sociais.

Como sujeitos educativos pretensamente comprometidos com a transformação social, não devemos nos eximir da tarefa de chamar a sociedade para um amplo debate, onde possamos, juntos, resgatar valores como autonomia, igualdade, equidade, liberdade e cidadania, assumindo a defesa incondicional dos mais frágeis, os excluídos ética de mercado(-Freire, 2000; Garrafa & Porto, 2005).

3. Educação para a autonomia, democracia e liberdade

A complexidade da educação exige a superação de abordagens dicotômicas, visto que estas são reducionistas e não apreendem o fenômeno na

sua totalidade(Dartigues, 1992), daí a aproximação necessária do referido fenômeno com as diversas área de saber, e, muito especialmente, com uma "disciplina" de caráter interdisciplinar como os "direitos humanos"(Oliveira, 2011). Não tenho dúvidas que um projeto vinculado ao "direito", caso funcione de forma propositiva e interventiva(Garrafa, 2005), terá muito a contribuir, não somente para a construção de uma educação pública, democrática, emancipadora e de qualidade, como também para, numa perspectiva macro, ao menos amenizar o problema da fome, da miséria, da extrema pobreza(Brasil: Ipea,2018) e da degradação humana que afetam o Brasil, a América Latina e o mundo, de modo geral.

Como educadora, pretensamente comprometida com uma concepção de educação libertadora, que aposta, como Freire (2011a), em seres humanos como inacabados, agentes do processo de mudança social, não poderia tratar os fenômenos educativos de forma simplista, baseada em ideias advindas do senso comum, já que se referem a realidades notadamente complexas e ainda pouco compreendidas por grande parte da população brasileira.

Respaldada nos ensinamentos de Foucault (2001a/2001b) e Arendt(2009a/2009b) nas suas tentativas de, cada um a seu modo, desconstruir crenças pré- estabelecidas, apontando-as como produções histórico-sociais, passíveis de serem relativizadas; sinto-me disposta a colocar "entre parênteses"(Dartigues, 1992) todas as verdades cristalizadas do senso comum, fortemente calcadas em verdades absolutas, em prol da construção de uma Pedagogia da lei, que nos permita pensar o direito para além do prescrito pelas autoridades judiciárias de plantão.

Mas, para que uma Pedagogia da lei, nos moldes aqui propostos, ganhe corpo e forma, faz-se necessário que os "direitos humanos" sejam encarados como conhecimentos norteadores(Escrivão Filho et al. 2016) capazes de amparar nossas lutas e tentativas de intuir novos caminhos, que nos levem a construção coletiva de mecanismos éticos e políticos, que façam realmente a diferença nas vidas das pessoas. Dito de outro modo, ao problematizar a educação, a partir dos diversos olhares que os direitos humanos nos possibilitam, poderemos estabelecer parcerias em torno de projetos a serem implementados nas escolas, nas universidades e fora delas, nas praças, nas associações etc no sentido de indicar possíveis caminhos para a transformação das referidas instituições e ajudar a cons-

truir um mundo, onde as vozes silenciadas e oprimidas(Garrafa & Porto, 2005), que vem das ruas(Souza Junior,2008/2009/ 2011), sejam no Brasil, na América Latina(Galeano, 2017) ou até nos países centrais possam ser ouvidas.

O "direito achado na rua"(Souza Junior,2008/2009/ 2011) parte do pressuposto de que todo e qualquer cidadão comprometido com um projeto de sociedade igualitária, equânime e solidária, pode e deve contribuir, significativamente, na construção coletiva de instrumentos, que possam lançar luz sobre as relações existentes nas instituições e nos processos educativos. Essa crença na democracia pode fazer muita diferença frente ao sonho de conquistar uma educação de qualidade para todos, que possibilite a formação de sujeitos históricos emancipados, capazes de, em comunhão, enfrentarem os seus medos e, com ousadia, (Freire, 2006)decidirem os rumos de suas próprias vidas.

Nota-se, portanto, a necessidade de se ampliar o debate sobre a relação existente entre educação e direitos humanos, tema que considero, devido a sua complexidade, bastante carente de questionamentos. A expectativa é de que, para além dos muros das escolas e universidades, possamos, entre outras coisas, sensibilizar à todos os cidadãos e cidadãs, a ponto de, por um lado, motivá-los a pensar, por si mesmos(Freire, 1996), sobre qual tem sido seu envolvimento na tarefa de construir uma sociedade inclusiva, devolvendo aqueles que estão à margem da sociedade, o mínimo de liberdade, e, por outro lado, alertá-los para a necessidade de incluir, cada vez mais, noções de direito, democracia e cidadania nos debates sociais, nos currículos escolares e em todas as instâncias possíveis e, com isso, garantir o acesso de todas as comunidades à informações imprescindíveis ao exercício da cidadania.

A ampliação do debate, ainda deficitário no Brasil, sobre as possibilidades de uma educação emancipadora será, sem dúvidas, um passo importante para que se estabeleça uma discussão que envolva toda a sociedade, com o objetivo de desvelar os reais interesses presentes, por exemplo, nos discursos de acusação que se limitam a reproduzir, de forma irresponsável e descompromissada, "Fake news" sobre a educação, as escolas e as universidades públicas, por um lado, criminalizando as práticas e saberes, próprios de ambientes que levam à sério preceitos constitucionais legítimos e importantes como liberdade, cidadania e democracia e, por outro

lado, se recusando a considerar o contexto em que as ações educativas são colocadas em prática.

Enfim, construir uma educação em e para os direitos humanos exigirá, de cada um de nós, uma predisposição para atuar coletivamente e trabalhar com afinco, para que os conhecimentos resultantes das nossas práticas sejam produzidos em parceria com todos aqueles que se dispuserem a participar, contribuindo, desse modo, para a construção de uma sociedade mais democrática, inclusiva, equânime, justa e igualitária(Freire, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação não pode deixar de ser pensada como ato político, como uma ação cultural para a liberdade(Freire, 2011a/2011b), que atravessa as vidas de estudantes, professores e demais cidadãos e cidadãs, revelando muito fortemente o tipo de sociedade que temos. A expectativa é de que, ao pensar coletivamente os direitos humanos, a educação, o ensino, a pesquisa e todos os demais saberes e práticas sociais, abra-se a possibilidade de que possamos contribuir para subsidiar programas ou políticas públicas, presentes e futuras, facilitando o processo de inclusão social das pessoas de modo geral e, muito especialmente, daqueles a quem Paulo Freire(2005) e Fanon(2005) chamaram de os "Condenados da terra".

A instituições, de modo geral, e as instituições educativas, em particular, não devem se comportar como se fossem ilhas. Ao contrário, devem ter como propostas o estabelecimento dos vínculos necessários com os agentes externos, no sentido de ampliar as ações de cooperação mútua. Ao mesmo tempo, no que se refere as instituições educativas, em especial, é razoável pensar que as mesmas devam assumir, de forma reiterada, o compromisso com a sociedade, divulgando resultados e dando os *feedbacks* das suas ações, na perspectiva de fortalecer sua relação com a sociedade civil e identificar áreas de investigação científica que sejam socialmente relevantes, o que implicaria, necessariamente, em se comprometer com a construção de uma educação que conscientize(Freire, 2016) à todos; educação esta *em* e *para* direitos humanos(Pulino, Soares, Costa, Longo & Sousa, 2016)

O campo "direitos humanos", como uma área de saber inter e multi disciplinar, deve ser "ensinado" no contexto mais amplo das humanida-

des e das ciências sociais aplicadas. A perspectiva é de que, direta ou indiretamente, a construção de uma "Pedagogia da Lei" possa colaborar para que as instituições, especialmente as de cunho educativo, se organizem, de modo que, para além de um *ensino bancário*(Freire,1996), os conteúdos/temas de ensino sejam explorados, respeitando a historicidade de cada um deles e segundo um ritmo em que sejam paulatinamente delineados, de modo que torne-se possível aos aprendentes e ensinantes construírem juntos os conhecimentos, dos mais simples aos mais complexos, em total articulação com o desenvolvimento de habilidades e atitudes necessárias aos profissionais e cidadãos que se pretende formar.

O fato é que *"ninguém caminha sem aprender a caminhar, sem aprender a fazer o caminho caminhando, sem aprender a refazer, a retocar o sonho, por causa do qual a gente se pôs a caminhar"* (Freire, 1992:155). A construção de uma Pedagogia da lei, nos moldes de uma pesquisa-ação(Barbier,2004), definitivamente não será uma empreitada das mais simples; ao contrário, tem todo o potencial para ser um grande desafio; desafio este que, uma vez assumido, trará consigo chances reais de se fazer uma grande diferença nos processos de conscientização e libertação daqueles cidadãos e cidadãs predispostos à luta por um mundo mais humano, solidário e devidamente sintonizado com o bem-estar de todos, sem distinção de qualquer espécie.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. Sobre a Violência: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969; 2009.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana, 10 ed. - Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1981; 2009.

BAUMAN, Zigmunt. A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar, 2008

BAUMAN, Zigmunt. Capitalismo Parasitário e outros temas contemporâneos. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BARBIER, René. A pesquisa-ação na instituição educativa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,1985.

BARBIER, René. A Pesquisa – Ação. Trad. Lucie Didio. BSB: Líber Livro Editora, 2004.

BRASIL. Ipea. (Instituto de Pesquisa Econômica) Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33277&catid=13, 2018a, Acesso: 14/5/2019.

DARTIGUES, A. O que é Fenomenologia? Tradução de Maria José J.G. de Almeida. 7 Edição. Centauro Editora, 1992.

DUSSEL, Enrique Dussel. Direitos humanos e ética da libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos.Revista InSURgência. Brasília, jan./jun. de 2015

DUSSEL, Enrique Dussel.Ética da Libertação- Na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lucia M.E.Orth. 4 Edição. Petrópolis, Rj: Vozes, 2012.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio;SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

FANON, Frantz. Os condenados da terra. Tradução Enilce Albergaria Rocha, Lucy Magalhães. Juiz de Fora: Ed. UFJE, 2005.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 16ª. ed. Tradução de Roberto Machado; Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979;2001

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Nascimento da prisão. 24ª. ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis:Vozes,1987; 2001.

FILHO, Roberto Lyra. O que é Direito. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2012.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia - Saberes necessários à uma prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Indignação: Cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 49ª Impressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREIRE, Paulo. Política e Educação. Coleção Dizer a Palavra. 8ª Edição. São Paulo: Villa das Letras, 2007

FREIRE, Paulo. Educação como Prática da Liberdade. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011a.

FREIRE, Paulo. Ação Cultural para a Liberdade e outros escritos. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011b

FREIRE, Paulo. Conscientização. Tradução de Tiago José Risi Leme. São Paulo: Cortez, 2016

GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

GARRAFA, Volnei & PESSINI, Leo(Org.) Bioética, Poder e Injustiça. 2ª Edição. Edições Loyola, 2004.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. Bioética 2005; 13(1):125-134.

GARRAFA, Volnei & PORTO, Dora. Bioética de intervenção:considerações sobre a economia de mercado. Revista Bioética 2005, Vol 13, nº 01 pp. 111-123.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Bioética e Direitos Humanos. Prefácio de VoLnei Garrafa. Edições Loyola. São Paulo, 2011

SANTOS, Boaventura de Sousa. Human Rights: A Fragile Hegemony. In:CRÉPEAU, François; SHEPPARD, Colleen. Human Rights and Diverse Societies:Challenges and Possibilities. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 17-25. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos. Sociologia Crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A difícil democracia: reinventar as esquerdas. São Paulo: Bomtempo, 2016.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2006. p. 207-236.

SOUSA JUNIOR, Jose Geraldo. Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua. Porto Alegre - RS: Sérgio Antonio Fabris, 2011. v. 1. 231p .

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Educação em Direitos Humanos: Desafio às Universidades. Revista Direitos Humanos, v. 2, p. 35-40, 2009.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: o direito achado na rua experiências populares emancipatórias de criação do direito. tese de doutorado. orientador: professor doutor Luis Alberto Warat. Brasília, UnB, 2008. Disponível: https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf Acesso 25/09/2019.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al., org. A Resistência em Brasília – um breve testemunho. O Direito Achado na Rua vol. 7 – Introdução Critica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: CEAD/UnB, 2015, págs. 68-71.

A PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL E OS DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA PENA

Páblina Beatriz Mendes Da Silva

1 INTRODUÇÃO

Mesmo existindo jurisprudência no sentido da possibilidade de ressocialização do indivíduo com características psicopáticas, no geral, ele não tem acesso a essa possibilidade.

Logo, o presente estudo, de forma geral, se propõe a discutir e analisar a forma como o psicopata é tratado no âmbito do Direito Penal e a polêmica que existe acerca de como esse indivíduo é pré-julgado ante a sociedade, além da possibilidade de reinserção deste indivíduo na sociedade após sanção e tratamento.

2 CONCEITO DE PSICOPATIA

A definição de psicopatia passou por muitas mudanças até chegar a conceituação utilizada na atualidade, sendo este termo de grande complexidade, tendo em vista à sua utilização de forma banalizada.

Nessa esteira, o autor Alvino Sá (2007, p. 201), conceitua a psicopatia como sendo:

> Um tipo de comportamento social em que os atingidos são desprovidos de consciência moral, ética e humana, possuem atitudes descompromissadas com o outro e com as regras sociais, carac-

> terizam-se por uma deficiência significativa de empatia. [...], são pessoas de todos os extratos sociais, homens, mulheres que estão infiltrados nos mais diversos contextos culturais e sociais.

O psicopata possui traços que o evidenciam, podendo esses traços estarem ligados ao sistema biológico do indivíduo, à sua personalidade e até mesmo ao ambiente em que ele vive, as diferenças existentes entre uma pessoa comum e um psicopata começam na capacidade de sentir, pois conforme mencionado, estes são desprovidos de empatia.

Muitos estudiosos trabalham a possibilidade de tratamentos adequados para o controle do transtorno e até mesmo em busca da cura para as pessoas que são diagnosticadas com o transtorno de personalidade psicopática.

2.1 Evolução histórica da psicopatia em modo geral

Quanto à descoberta da psicopatia, tem-se que o primeiro a tratar a respeito do assunto foi um professor de Medicina da Universidade de Pavia, referido professor passou a estudar sobre o assunto após a sentença condenatória do filho que assassinou a esposa envenenada, referindo-se aos atos como "improbidade", tendo em vista que apesar dos atos insanos, o individuo os cometia tendo consciência do certo e do errado (SOARES, MUNIZ e VIEIRA, 2011).

Pinel *apud* Soares, Muniz e Vieram (2011) menciona em seu tratado que:

> [...] se admirava de ver muitos loucos que, em nenhum momento, apresentavam prejuízo algum do entendimento, e que estavam sempre dominados por uma espécie de furor instintivo, como se o único dano fosse em suas faculdades instintivas. A falta de educação, uma educação mal dirigida ou traços perversos e indômitos naturais, podem ser as causas desta espécie de alteração.

Como se vê, Pinel afirma que os "loucos" possuíam consciência sobre os seus atos, demonstrando que sua perversidade não era algo involuntário, mas sim ações com o entendimento do que é correto e do que é errado.

Já no ano de 1904, a classificação das doenças mentais foi elaborada por Kraepelin, que passou a utilizar o termo "Personalidade Psicopática", no entanto, em 1923, o psiquiatra alemão Kurt Schneider, apresentou em seu livro "As personalidades Psicopáticas" englobou todas as características representativas a respeito do psicopata, características essas que não eram suficientes para determinar a psicopatia ou a distinguir das demais doenças mentais (SOARES, MUNIZ e VIEIRA, 2011).

Quanto ao termo utilizado à época, Maria Bittencourt (1981) afirma que:

> [...] em função da falta de conceituação, definição e categorização da doença mental em geral, o termo de personalidade psicopática foi utilizado para designar um conjunto de quadros nosográficos que, apesar de certos traços em comum, dificilmente poderiam, pelos padrões atuais, ser incluídos numa mesma categoria.

Tendo em vista o termo ser utilizado de forma ampla sem muita observância em relação à conceituação e características do psicopata, estudos continuaram sendo realizados, sempre visando o melhor entendimento da figura do sujeito com psicopatia.

2.1.1 A evolução histórica da psicopatia no Brasil

A história da psicopatia no Brasil passou por muitas fases, tendo em vista a falta de especialistas, o tratamento dos doentes, independente da enfermidade era realizado pelos clínicos gerais, havendo assim um grande déficit no tratamento.

Quanto ao tratamento dos doentes mentais, tem-se que o primeiro centro específico foi o Hospício Pedro II, anexado a Santa Casa da Misericórdia da Corte 2, sua construção foi idealizada e ornamentada por meio do Decreto 82 de 1841, localizado no estado do Rio de Janeiro, funcionou até 1852 (VELLOSO E FONSECA, 2012).

2.1.2 Primeira Lei Federal de Assistência Médico-Legal

No ano de 1903, com relatoria do deputado e professor João Carlos Teixeira Brandão, foi aprovado o primeiro projeto que mais tarde tornou-

-se a legislação que normatizava o tratamento e os direitos dos "alienados", nome dado à época para as pessoas que possuíam doenças mentais, Decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903 (MOREIRA, 2011).

Com fulcro no disposto pelo Dec. n. 1.132, tem-se que os locais que eram vistos como adequados para o tratamento dos doentes eram os hospícios, chamados de estabelecimento de alienados, conforme o *"Art. 1º O individuo que, por molestia mental, congenita ou adquirida, comprometter a ordem publica ou a segurança das pessoas, será recolhido a um estabelecimento de alienados."* (DECRETO Nº 1.132, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1903).

2.1.3 Segunda Lei Federal de Assistência Médico-Legal

No ano de 1934, fora revogado o Dec. n. 1.132/1903, que até então regia os direitos dos alienados, passando a vigorar o Dec. n. 24.559 de 1934, sendo este formulado à época do governo de Getúlio Vargas, que conforme disposto em seu preâmbulo, retirou o termo alienado e passou a chamá-los de psicopatas "Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e a proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos (...)" (DECRETO Nº 24.559, DE 3 DE JULHO DE 1934).

2.1.4 Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001

Conforme disposto em seu preâmbulo *"Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental",* ou seja, a Lei indica mudança significativa sobre os direitos e a proteção das pessoas com transtornos mentais (LEI N. 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001).

A formulação da referida Lei pode ser entendida como um avanço clínico, tendo como base as Leis anteriores as quais não tratavam de forma específica, até por se tratar de um tema complexo, essa reforma quanto aos direitos e cuidados dispostos em relação ao psicopata não ajudam somente a seara médica, mas também a jurídica, pois é através dessas definições que o psicopata poderá ser taxado no âmbito penal.

3 A PSICOPATIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Cabe salientar que diferente do doente mental que comete crimes de forma inconsciente, o psicopata comete crimes ciente das consequências

que estes podem vir a gerar, no entanto, o que realmente importa para eles, é o prazer obtido ao final.

Apesar de muitos acreditarem que a psicopatia seja uma doença, não cabe a caracterização desta como sendo uma doença mental, tanto que para o Ministério da Saúde ela é classificada como transtorno, tanto que no Código Internacional de Saúde (CID10 – F60.20), a psicopatia está classificada como sendo um transtorno de personalidade dissocial, conforme destacado:

> Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas.
>
> O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência.
>
> Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

A criação de leis e normas direcionadas diretamente aos cuidados e tratamentos dos criminosos com características psicopáticas é de grande importância, pois conforme é cediço, os casos de criminalidade com resquícios de crueldade estão se elevando a cada ano, diante desse fato, cabe ao Estado a manutenção dos indivíduos, de tal forma que eles não sejam inseridos em um sistema comum, mas sim em centros específicos.

3.1 Direito Comparado

Diante de sanções aplicadas a países como a China, Arábia Saudita e alguns dos estados dos EUA, que aceitam penas mais severas como a pena perpetua, pena de morte por execução, injeção letal, dentre outras, o Brasil possui penas brandas e sem severidade em sua execução.

Ante o mencionado, buscou-se a demonstrar as diferenças através da lei da: Escócia e Estados Unidos da América.

3.1.1 Escócia

Ao entrar no mérito do Direito Escocês, logo se vê duas problemáticas relacionadas à figura do psicopata, sendo estas:

- Existe a dúvida sobre a psicopatia representar qualquer uma das doenças mentais que um sujeito poder adquirir ou nascer com. Sendo que, em se tratando de pessoas com transtornos mentais, o sistema jurídico e médico da Escócia fazem a distinção entre "incapacidade de apreciar a natureza, ou a ilicitude da conduta criminal".
- Existe também a dúvida quanto à classificação do psicopata, posto que a dificuldade de distinguir um psicopata de um criminoso comum é uma realidade em todas as esferas e países (SHAW, 2016).

Corroborando com essas informações, Silva (2008, p. 13) menciona que:

> **Porém, o que a sociedade desconhece é que os psicopatas, em sua grande maioria, não são assassinos e vivem como se fossem comuns**. Eles podem arruinar empresas e famílias, provocar intrigas, destruir sonhos, mas não matam. E exatamente por isso, permanecem por muito tempo ou até uma vida inteira sem serem descobertos ou diagnosticados. (grifei)

No sistema escocês acredita-se que um sujeito pode montar sua defesa, entretanto, quando seus atos são providos de violência, tais como: estupro, tortura ou atos providos de crueldade, ele torna-se impugnado a fim de que não possa ajuizar defesa em seu nome, entretanto, conforme visto em outros pontos desse trabalho, uma das maiores características do psicopata é a manipulação, e a incapacidade de sentir empatia, podendo facilmente usar em seu favor, e é com base nessas afirmações que Shaw (2016) defende que

> Esta incapacidade, sem dúvida, deve servir de base para uma defesa. No entanto, os opositores de tal defesa podem se preocupar que a incapacidade de empatia é indistinguível do fracasso em exercer sua capacidade de empatia. Se fosse impossível dizer a diferença

> entre psicopatas e criminosos típicos, as pessoas que não merecem uma defesa podem ser absolvidas.

O impasse que ocorre na Escócia é que a Comissão de Direito Escocês acredita que o psicopata possui uma capacidade de distinção menor em relação aos outros criminosos, criando a discussão sobre a defesa, enquanto alguns doutrinadores sustentam que os psicopatas podem e devem responder por seus atos pelo fato de que são cientes sobre tudo o que fazem.

Quando um indivíduo é detido por conta de seus atos carregados de crueldade, os relacionando à psicopatia, este é enviado ao Tribunal do Júri, cabendo aos cidadãos escolherem a sentença que melhor se adequaria, se a absolvição ou a condenação deste.

Em que pese tais discussões, o governo escocês adotou a seguinte forma de tratamento para os agentes que não são absolvidos por insanidade mental, de acordo com a Legislação de Direitos Humanos (2004):

> [...] o Conselho Privado confirmou as disposições da Lei de Segurança Pública e Apelações de Saúde Mental (Escócia) de 1999 (a primeira lei aprovada pelo Parlamento escocês) contra um desafio de que eles estavam fora da competência do Parlamento escocês porque é incompatível com o Artigo 5. **A Lei prevê a detenção contínua de pessoas no hospital onde os ministros escoceses estão convencidos de que a detenção é necessária para proteger o público de danos graves**. Na prática, é **utilizado para garantir a detenção indefinida de pessoas com transtornos de personalidade psicopática** que cometeu crimes de violência e garante que tais pessoas possam ser detidas, mesmo quando não são mais tratáveis. (grifei)

Para que seja feito a classificação adequada, é necessário que sejam feitas algumas analises, sendo a entrevista a mais utilizada, ou seja, os especialistas utilizam uma série de perguntas inerentes aos atos cometidos pelos psicopatas e por pessoas comuns, com essas pesquisas que são realizadas a medição do grau de periculosidade dos criminosos.

Os criminosos com características psicopáticas não são inseridos no sistema carcerário comum em confronto ao que é feito no Sistema Jurídico Penal Brasileiro, mas sim em um hospital para que a ele sejam apresentados os cuidados adequados e o tratamento ambulatorial.

3.1.2 Estados Unidos da América

Diferente do Brasil, o país possui legislação direcionada ao tratamento dos psicopatas, os classificando quanto ao grau de perversidade, entre torturadores e sádicos sexuais.

A punição é dada de acordo com o grau de psicopatia, que vai do leve ao mais grave, conforme menciona Silva (2008, p. 13) "*É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade*".

Nessa esteira, Leme *apud* Filho, Laurentino, Sá e Amaral (2016) sustenta que:

> O sujeito com transtorno de personalidade psicopatica, apesar de sua necessidade constante de satisfação de seus prazeres, nem sempre comete crimes, e muito menos tem uma área especifica de desenvolvimento de vida, sendo tal crença uma construção discriminatória da sociedade, pelos aspectos de alguns crimes cometidos por sujeitos com tal transtorno e mistificados através da mídia.

Com base nas afirmações supracitadas, entende-se que nem todo psicopata busca o crime como satisfação de seus prazeres, o que acontece é a utilização banalizada do termo "psicopatia", levando-se em consideração o sensacionalismo midiático, a nomenclatura acaba sendo usada sem nem ao menos possuir um diagnóstico preciso, com base nisso, nos Estados Unidos utilizam-se de exames a fim de evitar que equívocos sejam cometidos, conforme menciona Braulio de Sousa (2014):

> Muitos países, como os Estados Unidos da América, onde esses casos são comuns, tem um sistema de punição mais severo para essas pessoas, já que elas não aprendem com punições simples de ressocialização. Geralmente esses são punidos com pena de morte ou prisão perpetua dependendo do caso, todavia, não se limita somente a maioridade penal, também sofrem punições os menores que comentem um crime e são clinicamente diagnosticados como psicopatas, em geral ficam internado em hospitais psiquiatras para serem tratados e socializados, mesmo não havendo muita eficácia nessa ultima.

Conforme supramencionado, nos EUA optou-se pela prisão perpétua ou a pulseira de rastreamento quanto ao grau de psicopatia que variar do leve ao moderado e a aplicação da pena de morte para os psicopatas classificados com o nível grave de psicopatia.

Existem divergências quanto à utilização do monitoramento eletrônico, por mais que o criminoso não tenha cometido ato prejudicial para a sociedade, a utilização do rastreamento pode vir a gerar certo desconforto tanto para a sociedade, pelo medo, como para o usuário, por conta da discriminação.

Diferente do que existe no Brasil, o sistema carcerário e médico utiliza-se de meios específicos tanto para o diagnostico como para o sistema punitivo do agente com características psicopáticas.

4 A SITUAÇÃO DOS PSICOPATAS NO BRASIL

Evidenciou-se que existem complicações quanto à classificação e punição dos indivíduos com características psicopáticas, haja vista a falta de legislação específica no país.

Seguindo o entendimento referente às complicações encontradas no sistema penal brasileiro, Jakeline Siqueira (2016) sustenta:

> O Estado torna-se inoperante, e também não existem políticas públicas de conhecimento do senso comum que orientem como melhor tratar os psicopatas. Um bruto silêncio sobre isso se perpetua ao longo da história brasileira. Cabe aos pesquisadores investigarem mais sobre esta temática na busca de um consenso saindo da dualidade encontrada. Quanto às leis, cabe aos legisladores com apoio popular, evidentemente, uma nova legislação enfrentando estes problemas apresentados, já que não existem leis específicas. Neste novo panorama vislumbra-se o combate a impunidade dos psicopatas e a uma ineficácia no sistema carcerário brasileiro.

Entende-se que o sistema carcerário brasileiro possui uma grande falha, a qual seria a falta de estrutura para lidar com os indivíduos classificados como psicopatas.

Outro problema causado pela falta de estrutura para lidar com esses indivíduos é que eles são ótimos manipuladores, são pessoas frias e calcu-

listas capazes de atuar para conseguirem o que desejam, ou seja, o facilidade que teriam em manipular os demais presidiários traria complicações exorbitantes, sem contar que poderiam facilmente driblar o sistema a fim de conseguirem a progressão do regime de pena.

A falta de tratamento adequado faz com que os riscos sejam maiores do que o inicial, pois conforme mencionado, a facilidade de manipulação existente pode gerar situações caóticas dentro dos presídios.

4.1O Psicopata à Luz da Jurisprudência brasileira

No tocante punição, restou demonstrado que no Brasil os psicopatas ainda são julgados como criminosos comum, e justamente por não haver legislação específica, por vezes a decisão fica a critério total do juiz, que em sua grande maioria, acabam aplicando o descrito no art. 26 do Código Penal Brasileiro (1940), cujo teor dispõe:

> Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um terço a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental, incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No entanto, os psicopatas não podem necessariamente ser julgados dentro da ceara do artigo 26, afinal, este trata de indivíduos que possuem problemas mentais, ou que não estavam em plena consciência no momento dos atos por ele cometido, ao contrário do psicopata que age conscientemente.

Logo se entende que a inserção deste indivíduo em cárcere sem a devida observação à sua condição não é solução para os crimes que estes podem vir a cometer.

Ratificando o que até aqui foi defendido, Nilo de Siqueira Costa Neto (2013) sustenta que:

> É forçoso reconhecer que a pena de prisão passa por uma grande crise no Brasil, sem condições de oferecer qualidade, oportunidade e, muito menos, a recuperação do apenado. Ao contrário, constitui face violenta e opressiva, servindo apenas para reforçar valores negativos dos condenados, já que os presídios são tidos como um dos maiores redutos de violência e violação dos direitos humanos que se possa imaginar, tratando-se de uma realidade penitenciária arcaica.

Com base nisso, é certo defender que os indivíduos que possuem traços psicopáticos não deveriam ser inseridos no sistema penitenciário comum, pois o risco não seria apenas contra eles, mas também para os demais encarcerados.

Finalizadas as ponderações supramencionadas, passar-se-á a análise jurisprudencial e aplicação da lei nos tribunais brasileiros.

4.2.1 Habeas Corpus n. 308246 – SP

O Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator Ministro Nefi Cordeiro, assim decidiu no HC 308246-SP (2015):

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO INDEFERIDA EM 1º GRAU. MANUTENÇÃO DO DECISUM PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PARECER PSICOLÓGICO DESFAVORÁVEL. PSICOPATIA COMPATÍVEL COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL. ELEVADO RISCO DE COMETIMENTO DE OUTROS DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade

> flagrante, abuso de poder ou teratologia.
>
> 2. Legítima é a denegação de progressão de regime com fundamentos concretos, no caso pelo não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do conteúdo da avaliação psicológica desfavorável à concessão do benefício, com a presença de psicopatia compatível transtorno de personalidade antissocial, estando presente elevado risco de cometimento de outros delitos. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

No referido caso, consta nos autos que o impetrante foi sentenciado a vinte nove anos e seis meses de reclusão, pelas práticas de homicídios qualificados e crimes sexuais, tendo sido submetido à realização de exame criminológico.

Submetido a análise, o Relator entendeu que por mais que o impetrante tenha demonstrado bom comportamento dentro do sistema carcerário, isso não é o suficiente para conceder a progressão da pena, tendo em vista que em relatório clínico, constatou-se que *"o agravante ainda não reuniu mérito para a progressão de regime"* (HC 308246-SP - 2015).

4.2.2 Agravo de Execução Penal n. 99009177591-6 – SP

O Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como Relator o Juiz Almeida Toledo, assim decidiu na EP 990.09.177591-6 – SP (2010):

> Execução penal. Medida de segurança. Internação em hospital de custódia. Laudo atestando a não cessação da periculosidade do agravante. Pedido de realização de nova perícia a fim de que seja verificada a necessidade de manutenção da segregação. Aplicação do disposto na Lei n"10.216/01. Inadmissibilidade. Periculosidade não cessada. Laudo pericial dando conta apenas do controle da periculosidade durante o tratamento psiquiátrico. Fato comum em psicopatas. Atestado distúrbio de personalidade gravíssimo. Ausência de condições externas e familiares para a continuidade do tratamento.Desinternação não recomendada. Risco social presente.Prorrogação da medida de segurança bem determinada.Agravo não provido.

O sentido trazido pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo permite analisar que nem todos os juízes possuem o mesmo entendimento na aplicação da Lei, pois em comparação com a ementa apresentada em ponto anterior, o indivíduo foi conduzido ao sistema carcerário comum, enquanto na referida decisão em Agravo de Execução Penal o sujeito foi sentenciado à medida de segurança, tratando-se essa de internação clínica, ou, tratamento ambulatorial.

Diante dos fatos mencionados, resta evidenciado que, a falta de legislação específica acaba facultando ao juiz a sentença do acusado que possui características psicopáticas.

4.3 Índice de reincidência de psicopatas no Brasil

Antes de tudo, cumpre ressaltar que o acompanhamento periódico dos presos é de suma importância, tendo em vista que o estudo da maneira a qual ele se comporta e convive com os demais refletiria em um possível comportamento social, diga-se, no caso deste conseguir alcançar a progressão do regime de pena.

Ademais, ajudaria não tão somente em sua reinserção social, mas também em um entendimento psicológico capaz de entender ou ao menos chegar perto de solucionar os motivos que levaram o agente a cometer atos infracionais, ajudando assim na descoberta de soluções e formas viáveis visando a melhor forma de conter a situação agravante.

No que diz respeito ao psicopata em si, a jurista Geanilma Veras (2015) sustenta que:

> Acredita-se que o psicopata recluso inserido no presídio com os chamados "presos comuns", sem os acompanhamentos concernentes aos exames psicológicos/psiquiátricos é um problema na ressocialização deste e um perigo para ele próprio, pois sem os devidos procedimentos para que se possa diagnosticar os indivíduos acometidos da psicopatia as condições para o seu retorno a sociedade não ocorrerá.

Sendo assim, sem as devidas observações punitivas, o índice de criminalidade pode vir a crescer de forma exorbitante, ainda mais se levarmos em consideração a ineficácia da punibilidade aplicada aos psicopatas pois,

diferente dos demais presos, estes não possuem o mínimo remorso em relação aos seus atos, ou seja, para eles de nada servirá.

Não bastasse o problema supracitado, existe ainda o fato de que o sistema carcerário do Brasil não possui condições para promover a reabilitação dos criminosos que encontram sob o cárcere, conforme menciona Mirabete (2008, p. 125):

> A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Com isso, tem-se resultados desastrosos, afinal, o contato dos psicopatas com criminosos comuns apresenta grande risco de reincidência, pois além de não possuir uma norma específica para adequar o indivíduo com características psicopáticas, não existe nenhum tratamento eficaz, e sua inserção em presídios e celas comuns geram um transtorno ainda maior, pois são tratados como os demais presos, dando então certa liberdade para que estes utilizem as pessoas como recursos, promovendo confusões e até execuções dentro do sistema carcerário.

Por estes não possuírem empatia, ou, sentimentalismo que os façam entender a gravidade dos atos que cometem, a prisão acaba não surtindo efeito, afinal, uma pessoa que não vê diferença entre o certo e o errado, não sentirá o mínimo remorso em seus atos, tão pouco na importância de ser reinserido com boa conduta.

Em pesquisa realizada pela acadêmica Larissa Brasileiro Malheiro (2014), levantou-se o grau de reincidência entre jovens que possuem características psicopáticas (Grupo grave) e jovens comuns (Grupo não-grave), conforme se demonstra a seguir:

Imagem 2 – Reincidência Psicopatia

Tabela 2. Análise estratificada de reincidência e psicopatia entre os grupos.

	Com psicopatia (PCL-R ≥ 30)		Sem psicopatia (PCL-R ≤ 29)	
	Reincidente (n)	Não-reincidente (n)	Reincidente (n)	Não-reincidente (n)
Grupo grave	15	5	1	3
Grupo não-grave	4	3	4	13

RP = 2,96 (IC95% 1,32-6,60).

Fonte: Penal em Foco.

Conforme demonstrado, o índice de reincidência entre infratores psicopatas é muito mais elevado em comparação aos criminosos comuns, justamente pelo fato destes não sentirem remorso dos atos por eles cometidos.

Por mais que seja comprovado que a psicopatia não possui cura, e que a reintegração do psicopata criminoso é nula, cabe ressaltar que, ao serem sentenciados à reclusão no sistema carcerário comum, estes recebem os mesmos direitos de um criminoso comum, o qual seja o tempo máximo que podem ficar em cárcere é 30 anos, e, em casos onde o sujeito demonstra bom comportamento, poderá vir a receber o regime de progressão de pena.

Dessa forma compreendemos que a pena tem como objetivo a reprovação do crime, e a prevenção para que não ocorram outros delitos, enquanto que a medida de segurança possui como fim o tratamento e cura do agente infrator.

Portanto, as penalizações no Direito Penal brasileiro possuem tempo determinado para findarem, entretanto, a medida de segurança possui prazo indeterminado, devendo o paciente ficar recluso até que seu estado de saúde mental seja favorável (CUNHA, 2012).

A exemplo disso, pode-se citar o caso do famoso psicopata brasileiro, Chico Picadinho que encontra-se há 41 anos na casa de custódia de Taubaté/SP, conforme destaca-se (A TRIBUNA, 2017):

> Francisco Costa Rocha, o Chico Picadinho, condenado por matar e esquartejar duas mulheres na década de 1960 e 1970, deverá permanecer preso na Casa de Custódia de Taubaté.
>
> [...]

> No mês passado, a juíza Sueli Zeraik, da VEC, havia entendido que o tempo de detenção de Picadinho já havia extrapolado a pena máxima permitida pela lei brasileira. Ele está preso desde 1995 na Casa de Custódia de Taubaté.
>
> [...]
>
> Entretanto, de acordo com o juiz, Chico Picadinho, hoje com 75 anos, está cumprindo pena com finalidade médica, já que na década de 1970 em um laudo médico ele foi apontado como personalidade sádica e psicopática. Na decisão, o magistrado afirma que a Casa de Custódia é o "melhor local para albergar civilmente Francisco, com registro que está adaptado à rotina diária, à disciplina, recebe tempestiva e eficazmente a medicação psiquiátrica".

Devido à ineficácia da punição no sistema carcerário, diversos psicopatas têm o privilégio da redução de pena, como exemplificado, nem todos os magistrados possuem o entendimento a respeito da psicopatia, fazendo com que alguns indivíduos conquistem a liberdade novamente. Portanto, a consequência e a reincidência desses indivíduos no sistema.

Diante dos fatores apresentados, uma possível solução para a diminuição do índice de reincidência seria justamente o tratamento adequado, ou seja, a reclusão do infrator em regime da medida de segurança, para que este viesse a receber o tratamento hospitalar ambulatorial, por mais que não possua cura, com a dosagem em medicações, ao menos a agressividade poderia vir a ser controlada (2016).

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, ao longo do trabalho, algumas evoluções aconteceram devido à forma em que os pacientes eram tratados dentro dos hospícios no Brasil, e também pelo fato de que eles não possuíam diagnósticos e nem vontades quanto à sua internação, cabendo sempre ao médico clinico fazer a abordagem e o diagnostico destes.

Com o passar dos anos, por mais que já tenham ocorrido alterações às normas, vê-se que ainda há a necessidade da criação de uma Lei especifica para os psicopatas, posto que a colocação dos mesmos em celas comuns

acaba por induzir há um aumento de criminalidade, tendo em vista a facilidade que eles possuem em manipular as pessoas.

Com base nos estudos comparados de legislações especificas utilizadas em outros países, busca-se a melhor opção a ser utilizada no Brasil, visando o melhor interesse não apenas do criminoso psicopata, mas também a satisfação social e punitiva da sociedade em si, tendo em vista que em casos onde o psicopata age não atinge apenas a vítima, mas toda a sociedade que está em volta dela, causando por vezes comoção social.

Restou claro e evidente que, devido a falta de legislação específica no país, muitos psicopatas estão padecendo de tratamento, afinal, conforme demonstrado, por hora, por mais que não exista cura, o tratamento ambulatorial através da internação por meio da medida de segurança, ainda é a melhor solução para a não reincidência dos indivíduos, pois é o meio mais eficaz de controlar o impulso do sujeito com característica psicopata.

REFERÊNCIAS

A tribuna. **Psicopatia: convivendo com o inimigo sem suspeitar!**. Disponível em: < http://blogs.atribuna.com.br/maissaude/2017/09/psicopatia-convivendo-com-o-inimigo-sem-suspeitar/>. Acesso em 25 de abr. de 2018.

BITTENCOURT, Maria Inês G. F. **Conceito de psicopatia: elementos para uma definição**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/abp/article/view/18612>. Acesso em: 2 de nov. de 2017

BRASIL, Brasília, DF. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 2 de nov. de 2017.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Rio de Janeiro, RJ. **Decreto nº 1.132, de 22 de Dezembro de 1903**. Reorganiza a Assistência ao Alienado.

_____, Rio de Janeiro, RJ. **Decreto nº 24.559, de 3 de Julho de 1934**. Dispõe sôbre a profilaxia menta, a assistência e proteção dos sérvios psiquiátricos e dá outras providências.

CUNHA, Marcus. **O Psicopata e o Direito Penal**. Orbis Revista Científica, volume 3, n. 2, p. 7, 2012.

FILHO, Jason P. S.; LAURENTINO, Nathalia V. L.; CORREIA E SÁ, Rayana M. B.; AMARAL, Viviane F. **O TRATAMENTO JURÍDICO DA PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/viimostradevry/28631-o-tratamento-juridico-da-psicopatia-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 10 de nov. de 2017.

MATIAS, Fernanda. **Psicopatia e crime: questão da imputabilidade**. Disponível em: < https://fernandatmathias.jusbrasil.com.br/artigos/374893721/psicopatia-e-crime-questao-da-imputabilidade>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Atlas. 2008, p. 125.

MOREIRA, Juliano. **Notícia sobre a evolução da assistência a alienados no Brasil** (1905). Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142011000400012>. Acesso em: 2 de nov. de 2017.

NETO, Nilo de Siqueira Costa. **Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/24073/sistema-penitenciario-brasileiro-a-falibilidade-da-prisao-no-tocante-ao-seu-papel--ressocializador>. Acesso em: 10 de abr. de 2018

OLIVEIRA, Alex Moises de. **O psicopata e o direito penal brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Dispo-

nível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16292>. Acesso em 3 de nov de 2017.

Penal em Foco. **A patologia da psicopatia e o adolescente infrator**. Disponível em: < http://penalemfoco.blogspot.com.br/2014/09/espaco-do-academico-larissa-brasileiro.html>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

Personalidade Dissocial. **Transtornos da Personalidades. CID 10 – F60.2**. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimpo.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZClassificacoes=333>. Acesso em: 3 de nov. de 2017.

ROLAND, apud, OLIVEIRA, Alex Moises de. **O psicopata e o direito penal brasileiro.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16292>. Acesso em 3 de nov de 2017.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 201, 2007.

Scottish Government Riagha ltas na h-Alba gov.scot. **THE USE OF HUMAN RIGHTS LEGISLATION IN THE SCOTTISH COURTS**. Disponível em: < http://www.gov.scot/Publications/2004/11/20181/45877>. Acesso em: 10 de nov. de 2017.

SHAW, Elizabeth. **Psychopathy, Moral Understanding and Criminal Responsibility**. European Journal of Current Legal Issues. Disponível em: < http://webjcli.org/article/view/491/656>. Acesso em: 10 de nov. de 2017

SKINNER, Burrhus Frederic**. Ciência e Comportamento Humano**. Tradução. TODOROV, João Carlos; AZZI, Rodolfo. Ed. Martins Fontes. 1998. Pág. 142.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas. O psicopata mora ao lado**. 1º Ed. Fontanar, 2008, pág. 129.

SIQUEIRA, Jakeline. **A realidade da psicopatia no cárcere brasileiro**. Disponível em: <https://jakeline2.jusbrasil.com.br/artigos/413759751/a-realidade-da-psicopatia-no-carcere-brasileiro>. Acesso em: 28 de mar. de 2018.

SOARES, Graciane Souza. MUNIZ, Mariana Carla. VIEIRA, Roseli Aparecida Cardoso. **Psicopatia: Breve definição e o seu tratamento na criminologia**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033708.pdf>. Acesso em: 2 de nov. de 2017.

SOUSA, Braulio de. **O perfil do psicopata homicida e o sistema punitivo adequado**. Jusbrasil. Disponível em: < https://brau.jusbrasil.com.br/artigos/118680082/o-perfil-do-psicopata-homicida-e-o--sistema-punitivo-adequado>. Acesso em 10 de nov. de 2017.

STJ. Sexta Turma. HC: 308246 SP 2014/0283229-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 24/02/2015. Data de Publicação: DJe 04/03/2015.

TJSP, Decisão Monocrática. EP n. 990.09.177591-6. Relator: Juiz Almeida Toledo, julgado em: 01/12/2009, DJE 05/01/2010.

VELLOSO, Verônica Pimenta; FONSECA, Maria Rachel Fróes da. **Hospício Nacional de Alienados. Hospital Nacional de Alienados**. Disponível em: <http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/hospedro.htm>. Acesso em: 2 de nov. de 2017.

VERAS, Geanilma. **Psicopatia dentro do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: < https://geanilma.jusbrasil.com.br/artigos/296930881/psicopatia-dentro-do-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

DESAFIOS PARA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Natasha Karenina de Sousa Rego
Lais Miranda Feitosa Rocha

INTRODUÇÃO

Com a evolução da civilização, observa-se que os direitos humanos estão em contínua transformação de acordo com as demandas sócio históricas que se apresentam. Diante dos conflitos sociais, culturais, filosóficos e jurídicos, o homem vai formando as primeiras noções de direitos humanos, que se intensificaram na contemporaneidade com a busca pela proteção e primazia da dignidade da pessoa humana e dos de direitos fundamentais.

O Estado, em suas diversas transformações contribuiu para a formação dos direitos humanos, com protagonismo em momentos importantes da história da humanidade como a Independência dos Estados Unidos de 1776 em que se acentuou a proteção dos direitos individuais e a Revolução Francesa em 1789 que resultou em um dos mais importantes documentos considerado precursor das conquistas atuais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BIELEFELDT, 2000).

Apesar disso esses direitos só se consolidam e ganham o sentido que prevalece na atualidade, durante o século XX em um contexto de Pós-Guerra no mundo, com a queda do nazismo, a sociedade aniquilada per-

cebe a necessidade de um novo modelo político e social, agora voltado para o homem em si, com o marco da criação, também nesse período, da Organização das Nações Unidas (ONU), além disso a criação da Declaração Universal de 1948 consolidou direitos relevantes, e ainda que não tenha força de lei serviu como substrato para as constituições de diversos países e para moldar a sociedade atual.

No Brasil o momento de repressão vivido durante o regime militar de 1964 a

1985, com práticas contrárias aos direitos humanos contribuiu para a valorização dos mesmos e para o processo de formação do Estado Democrático de Direito. As constituições anteriores que traziam noções ainda primárias sobre direitos humanos foram substituídas pela Constituição de 1988 que representa a transição democrática ocorrida no país, demonstrando um maior controle civil sobre as forças militares e colocando o Brasil como um dos países com o mais completo ordenamento jurídico acerca dos direitos fundamentais. Para Piovesan (1996, p. 112), a Constituição de 1988 estabelece um regime jurídico diferenciado que pode ser aplicado nos tratados internacionais concernentes aos direitos humanos. Nesse sentido, os acordos internacionais passam a serem validados como norma constitucional.

O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA IMPORTÃNCIA NO DIREITO INTERNO

Nesse processo histórico de concretização dos direitos humanos surgem em primeira geração os direitos civis e políticos que expressam os direitos do indivíduo advindos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, concentrados no elemento da liberdade individual, esses direitos asseguravam por exemplo a maior participação popular na administração estatal e a proteção contra abusos de poder. Os direitos de segunda geração surgem após a Primeira Guerra Mundial, em que se introduz a idéia de um Estado de Bem Estar Social e de garantias de direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem o valor da igualdade e da necessidade de uma vida digna a todos, a ascensão da industrialização combinados a de doutrinas socialistas trouxeram conflitos sociais que resultaram no aparecimento dos direitos fundamentais que por serem positivados nas constituições e leis impõe aos

Estados deveres e sanções. Com o início dos anos 1960, vem também uma nova onda de pensamentos culturais ligados a solidariedade e fraternidade, que são chamados direitos difusos, porque sua titularidade não pode ser determinada, e que abrangem o direito a paz, a um meio ambiente equilibrado, ao progresso, a qualidade de vida, direitos da criança e do adolescente, direito do consumidor, tratam-se, portanto, de direitos em larga escala, com implicações para um grande número de pessoas por serem direitos transindividuais, os quais não são mais obrigação do Estado em si mas da sociedade como um todo, de organizações não-governamentais e de ações populares. A existência ou não de direitos da quarta geração, ainda é motivo de controvérsias, e seriam resultado da globalização e modernização desses direitos, como os avanços da biotecnologia aonde surgem preocupações como transexualismo, suicídio, manipulação do código genético, assim são direitos relacionados à informática e a democracia.

A relativização do conceito de soberania estatal permitiu a expansão de uma proteção supranacional aos direitos humanos criando um sistema mais efetivo de defesa a esses direitos. Essas mudanças fomentaram a criação de diversos órgãos e Tribunais Supranacionais e de uma Organização Internacional do Trabalho, que fazem parte desse sistema de proteção aos direitos fundamentais, e inclusive da criação da Corte Interamericana de Direito Humanos, como também, introduziram um novo direito internacional pautado na primazia da dignidade da pessoa humana e da norma mais favorável ás vítimas. Acerca destes fatos Bobbio (2004, p. 25), afirma que o indivíduo passa então a ser sujeito tanto a nível doméstico quanto a nível supranacional e é reforçado a necessidade de proteção dos direitos individuais.

Desse novo sistema nascem as proteções regionais, que se tornam mais efetivas ao refletirem as identidades e valores de determinado favorecidos por uma proximidade geográfica, desafio ainda encontrado nos sistemas globais ao tentar implementar sanções a outros Estados, por isso a importância dos sistemas regionais que visam fortalecer a convivência global. Pioversan (2002,p.21-22), enfatiza estes dados quando diz:

> Cada qual dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e

> a Corte Interamericana. Já o sistema Europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento na Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos.

Na Ásia a implementação da Carta Asiática apresentou grandes inovações no sentido da proteção dos direitos humanos para os países asiáticos, além da elaboração de uma Convenção Regional, com a criação de vários órgãos, para a maior agregação de tais países.

Apesar da crescente judicialização dos Direitos Humanos no âmbito internacional, a nível global ainda não existe um órgão ou organização que garanta sanções aos estados que violarem esses direitos. O sistema regional europeu foi pioneiro em adotar, em 1998, várias medidas que permitiram o acesso direto do indivíduo a Corte Europeia de Direitos Humanos, através Protocolo n. 11, qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de pessoas, podem submeter a Corte Européia denúncias acerca de violações por parte do Estado. Medidas essas que só vieram a serem implementadas pela Comissão Interamericana em 2001, introduzindo dessa forma novos sujeitos no direito internacional como as organizações não governamentais e os indivíduos. Cançado Trindade (2000, p. 8), reafirma estes dados quando aponta a resistência dos Estados em aceitar as cláusulas facultativas referentes aos direitos individuais estabelecidos nos tratados de direitos humanos da ONU.

Cabe aos Estados a implementação do direito internacional no seu âmbito interno, para que se garanta uma ordem internacional, os Estados devem, portanto, ter como princípio de suas constituições a efetivação dos direitos fundamentais conforme as diretrizes internacionais.

A IMPORTÂNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS PARA A GARANTIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANO

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 introduz uma nova fase do direito internacional e traz consigo o desafio do acesso à jus-

tiça, que foi facilitado pela criação de sistemas regionais como o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos que está vinculado a Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse sistema foi desenvolvido por meio de tratados e resoluções, criando em 1970 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José na Costa Rica, que produziu a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Anterior a esse sistema, a criação da Declaração Americana de Direitos Humanos e Deveres do Homem, já estabelecia direitos fundamentais e universais antes mesmo da Declaração Universal.

Dentre os direitos estabelecidos pela Convenção, destacam-se direitos civis e políticos, como direito a vida, á personalidade jurídica, o direito à liberdade pessoal, e direitos econômicos, sociais e culturais. A Comissão analisa casos referentes a petições individuais, assim como ações que envolvem responsabilidade internacional de um Estado perante a Corte. Existem casos em que a Comissão pode acionar a Assembleia Geral da OEA, quando algum país não reconhece a jurisdição da Corte ou não tenha ratificado a Convenção. A Assembleia Geral da OEA, aderiu também ao Protocolo de San Salvador, que estabelece direitos econômicos, sociais e culturais não mencionados na Convenção, não se restringindo somente a criação do legislador.

O sistema interamericano ainda conta com dois processos diferentes mais cumulativos, um deles mais antigo e geral, referentes a todos os Estados-membro da OEA, e outro formado pela Convenção Americana, aplicável aos que fazem parte dessa Convenção, nesses procedimentos atuam a Comissão, em todas as esferas, e a Corte que atua somente nos procedimentos pré-determinados pela Convenção, formando assim o sistema regional interamericano.

A Corte Interamericana é o único órgão judicial do sistema interamericano, e

conta com sete juízes nacionais dos Estados-membro da OEA não sendo exigido que esses Estados necessariamente façam parte da Convenção, indicados pelos governos, e que são eleitos através de Assembleia Geral pela OEA e por votação secreta e aprovação da maioria. A corte profere, portanto, sentenças obrigatórias e inapeláveis aos Estados que reconhecem sua competência, essa que é além de resolutória de conflitos também consultiva. Assim é o órgão que detém a palavra final em matéria

de direitos humanos, contudo somente para os Estados americanos que aderiram e aceitaram a Convenção Americana. Está entre as prerrogativas da Corte a emissão de pareceres consultivos, como por exemplo a conformidade das leis internas e externas e o controle de convencionalidade, que é destacado por Piovesan (2000, p. 44): "A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais. "

É importante mencionar que todos os Estados que fazem parte da OEA, e não tenham aderido à Convenção, podem postular o parecer da Corte relativo as questões de compreensão da Convenção ou tratados que tratem da proteção de direitos humanos nos limites do território americano. Entende-se que os Estados-membro que aceitaram e reconhecem a Comissão Interamericana podem submeter qualquer caso a decisão da Corte, ou seja, a submissão é feita de forma limitada, estando impedido o indivíduo de submeter casos a Corte.

O Brasil iniciou a adesão a Corte no ano 1998, aprovada pelo Congresso Nacional em 03 de dezembro do mesmo ano, a competência obrigatória da Corte Interamericana passou a ter aplicação da Convenção Americana em todos os casos que se aplicam, sendo essa competência obrigatória e de pleno direito. O país passa então a assumir importante obrigações internacionais, o compromisso firmado pelo Estado brasileiro não se trata de apenas formalidades, mas da concretização da idéia e aplicação prática dos direitos humanos no país.

Os indivíduos possuem direitos e também são sujeitos de direito internacional, não obstante, o acesso desses indivíduos a justiça internacional ainda é motivo de discussões e controvérsias, apesar de terem direitos não há procedimento adequado que vise aos indivíduos a usufruírem de tais direitos que permanecem apenas no campo do ideal, assim afirma Trindade (2006, p. 111):

> Já não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir a este último a posição central – como sujeito do direito tanto interno como internacional – de onde foi indevidamente alijado [...].

Os indivíduos não podem de fato exercerem os direitos que lhes são atribuídos, já que não possuem legitimidade para opor reclamação acerca dos mesmos. Ainda assim, a submissão de um caso à Comissão, deve preencher uma série de requisitos, como também ocorre no ordenamento jurídico nacional. Para que uma ação possa vir a ser apreciada pela Comissão, todos os recursos internos devem ser esgotados, com exceções quando a demora processual não for justificável ou quando o Estado não prover por meio de sua legislação o devido processo legal. Fica claro, que o acesso à justiça pelo indivíduo no sistema interamericano encontra-se prejudicado apesar dos avanços, realidade diferente da encontrada no sistema europeu que já permite a pessoas ou organizações não governamentais o direito de pleitear a Corte Europeia (PIOVERSAN, 2000, p.45).

A Comissão já é aberta a possibilidade de peticionar por parte de pessoas, organizações não governamentais, apresentando casos que seja possível identificar violações aos direitos humanos, poderá ainda a Comissão solicitar que o estado adote medidas cautelares para prevenção de danos as pessoas, mediante pedido das partes ou por sua própria inciativa.

Além de realizar estudos e pesquisas sobre os Estados, a Comissão, no procedimento criado pela Convenção Americana, participa do início da fase de averiguação da responsabilidade do Estado, podendo remeter a Corte Interamericana caso determinado Estado não cumprir suas recomendações. Já no procedimento geral, a Comissão não pode recorrer à Corte em caso de descumprimento de decisão, devendo reportarse a Assembleia Geral da OEA. Segundo o Artigo 447 do novo Regulamento da Comissão Interamericana, é possível o envio de casos a Corte Interamericana em situações das quais entende-se que o Estado não cumpriu de forma prevista suas recomendações presentes no relatório, mas o caso só será submetido a Corte se o Estado-membro aceitar de forma expressa a competência da Corte. Ficando determinado que será enviado o caso a Corte, a não ser que haja decisão fundada da maioria dos membros da Comissão.

Diferentemente da Corte, as decisões advindas da Comissão podem ou não ser acatadas.

Para que se entenda melhor o funcionamento da Comissão como órgão afirma Rezek (2011, p.258):

> A comissão atua como instancia preliminar á jurisdição da corte. É amplo seu poder para requisitar informações e formular recomendações aos governos dos Estados pactuantes. O verdadeiro ofício pré-jurisdicional da comissão se pode instaurar, contra um Estado–parte, por denuncia ou queixa–atinente a violação de regra expressa na área substantiva do pacto–formulada (a) por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, (b) por entidade não governamental em funcionamento regular, e (c) por outro Estadoparte[...].

A atuação do Judiciário na execução torna-se necessária, já que no direito brasileiro não há subordinação do direito nacional ao internacional. A sentença passa a equivaler ao título executivo para a cobrança da implementação da decisão, que poderá ser feita tanto pelo indivíduo, seus representantes ou pelo Ministério Público. Outrossim, a Corte não é órgão de apelação, não devendo ser aplicada a mesma aplicação de exceção de coisa julgada, que é instrumento existente apenas no direito interno.

Aos casos de não cumprimento das decisões, torna-se claro a violação da obrigação de cumprir de boa-fé surgindo daí nova responsabilização. Isso demonstra um caráter de falta de executividade das decisões internacionais, que perde sua condição de efetividade, considerando que não modifica ou reforma decisão interna e nem responsabiliza os agentes internos. Assim, verifica-se uma condição falha do sistema interamericano que não prevê qualquer procedimento de aplicação de sanção no caso de não cumprimento por parte do Estado de alguma decisão, divergindo do sistema europeu que permite a aplicação de indenização pecuniária, e através desse instrumento faz com que o Estado tenha mais compromisso e obrigatoriedade para com as decisões internacionais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a função de supervisionar a execução dessas decisões, mas não tem competência para determinar sanções e outras medidas, nesses casos a Corte pede apenas o arquivamento do caso.

Ainda sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões da mesma dirigem-se ao Estado em si, e não aos Poderes Legislativos, Executivos e Judiciários de determinado país. Também não possuem prazo prescricional para a execução da decisão. Porém, aos Poderes Legislativo e Executivo são concedidos mecanismos através dos quais ocorrem a aplicação de determinações presentes nas sentenças da Corte, que se tratam de títulos executivos judiciais. Neste contexto, o Executivo deve

cumprir a reparação, que pode ser de diversas modalidades, podendo o Estado ser obrigado a por exemplo reconhecer sua responsabilidade em determinada situação.

Neste momento, o Judiciário intervém para garantir que essas decisões sejam executadas, e ainda que os direitos internacionais dos direitos humanos sejam implementados na prática, a realidade é que essa atuação do Judiciário ainda apresenta muitas barreiras para que se chegue em um padrão ideal, em que as autoridades do país se voltem a realmente aplicar esse instrumento no ordenamento, realizando para tanto um controle de convencionalidade das leis.

Com o reconhecimento pelo Brasil, que é membro da OEA, da Convenção Americana dos Direitos Humanos em 1992, e a acepção da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998, o país se implementou na esfera do direito internacional dos direitos humanos. Ao reconhecer a competência da Corte o país ficou também submetido a mesma, de pleno direito e por tempo indeterminado. Esse reconhecimento levou vários casos até a Corte para que fossem julgados, muitos desses casos trouxeram relevantes mudanças para o país e seu ordenamento jurídico, outras causaram comoção social.

O Brasil já foi alvo de condenações pela Corte e dentre os casos com maior relevância e cuja menção não pode deixar passar, está o da brasileira Maria da Penha, em que por descuido da justiça passou 15 anos esperando o julgamento de tentativa de homicídio contra a mesma praticada por seu esposo. Visto a situação Maria da Penha procurou então, organismos internacionais de proteção que pudessem lhe auxiliar, apresentando o caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que estava apta a julgar o caso e iniciou a tramitação do caso. Em seguida veio o comunicado da Comissão ao Brasil para que gerasse manifestação acerca do caso. A partir deste fato, a Comissão solicitou que o país terminasse o processo da maneira mais rápida e eficaz, verificasse as irregularidades do processo e indenizasse a vítima. Assim surgiu em 07 de agosto de 2006, a lei federal Maria da Penha.

Nesse caso, o Brasil que já havia ratificado a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1984 e, posteriormente, em 1995, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do

Pará), ainda assim agiu de modo a ofender e violar direitos básicos do indivíduo de ordem nacional e internacional. Fica claro que essa decisão ajudou a moldar os rumos que o direito internacional tomaria no Brasil e sua importância.

A Formação dos Tratados Internacionais e o Nascimento de uma nova Ordem Jurídica Interna

O direito internacional contemporâneo é marcado pelo surgimento dos tratados internacionais, que trouxe influência de diversos acontecimentos como a Declaração de Viena do ano de 1993, importante documento que assegurou a pluralidade de culturas do contexto atual.

A Declaração que acirrou os debates entre universalistas e relativistas, foi adotada pelos Estados por meio de votação através da livre inciativa, o documento fez emergir a necessidade de se pensar culturas de forma, diversificada e de um equilíbrio entre a legitimidade local e a competência global. Assim, essa nova tendência teve grande influência no surgimento dos tratados, a Convenção de Viena de 1969 introduziu a organização dos tratados entre Estados e é até hoje um dos mais importantes acontecimentos na história da humanidade.

Entre as regras estabelecidas pela Convenção de Viena de 1969, destaca-se a regra pacta sunt servanda (art. 26), ou Princípio da Força Obrigatória, que obriga as partes ao contrato nos limites da lei. O princípio pacta sunt servanda implica a idéia de boa-fé que é essencial para que o sistema seja eficaz, assim todo tratado internacional que está em vigor obriga as partes e por elas deve ser cumprido de boa-fé, ou seja, os Estados não podem invocar seu ordenamento jurídico como justificativa para o não cumprimento dessas obrigações, mantendo assim o respeito e a eficácia das disposições. O limite para esse princípio seria no direito internacional o jus cogens, ou ainda o direito cogente, normas advindas de ordem internacional e incontestáveis pelos Estados. É importante ressaltar que a Convenção de Viena tem autoridade jurídica até mesmo para os Estados que não são signatários da mesma, ela é aceita como espécie de declaração de direito internacional geral, expressando direito consuetudinário, consubstanciandose na prática dos Estados referente a matéria que dela faz parte. Complementar a essa Convenção, a Convenção de 1986 sobre

os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou ainda entre Organizações Internacionais, estabeleceu importantes regras a respeito do reconhecimento dessas Organizações e sobre o direito de firmarem tratados e convenções.

Dentre os mais importantes tratados recepcionados pelo país, deve-se mencionar a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes de 28 de setembro de 1989, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 25 de setembro de 1992, o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - protocolo de San Salvador de 21 de agosto de 1996 e o Estatuto de Roma que fundou o Tribunal Penal Internacional em 20 de junho de 2002.

A atual Constituição conseguiu enfatizar o papel da dignidade da pessoa humana no direito interno, fundamentando-a em seu artigo 1°, inciso III, além do artigo 3°, a partir daí introduzindo os direitos humanos como base para a construção do direito internacional no país. Estabeleceu ainda, federalização de crimes cometidos como violação a tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, presente no artigo 109, §5°. É relevante destacar que o atual texto constitucional incluiu uma lista extensa de direitos fundamentais, e também proíbe violações a esses direitos como tortura e tratamento desumano, que se consolidaram principalmente no artigo 5°, §2°.

A Carta Magna também determina duas fontes normativas principais de incorporação dos tratados que seriam os tratados originários e os tratados específicos de direitos humanos. Para que esses tratados sejam incorporados no ordenamento jurídico devem passar por quatro fases, sendo duas no âmbito interno e duas no âmbito internacional, até que sejam ratificados e possam equivaler a Emenda Constitucional.

A primeira dessas fases é a celebração do tratado, em que o país assume obrigações perante o direito internacional, nessa fase ocorre a assinatura do tratado que compete privativamente ao Presidente da República, que tem competência para representar o Estado na ordem internacional, um processo de rigorosa solenidade, como dispõe o Art. 84, inc. VIII, da Constituição de 1988. Nessa fase, também são realizadas negociações acerca da matéria de que se fala o tratado, só após essas negociações é que o Chefe de Estado assina o texto tornando-o autêntico e impedindo qualquer das partes de reabrir as negociações.

Em uma segunda fase o texto é encaminhado ao Congresso Nacional, essa é a fase da resolução definitiva do tratado, a atual Constituição não determina prazo para a apreciação do tratado mesmo quando esses tratados versam sobre direitos humanos o que contribui para uma morosidade na proteção desses direitos. Assim estabelece o artigo 49, inc. I, da Constituição Federal, quando diz que compete ao Poder Legislativo: "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". O que o Congresso deliberar se tornará decreto legislativo que aprovado será promulgado pelo Presidente do Senado e publicado no diário oficial. Os tratados de direitos humanos terão apreciação diferenciada, conforme prevê o artigo 5º, § 3º da Constituição, prevê sobre a aprovação e a incorporação desses tratados: " Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. "

Os tratados apreciados, como determina o artigo supra citado, terá nível constitucional, sendo assim considerados emendas constitucionais, mas não incorporados de forma automática ao ordenamento jurídico brasileiro. Já os tratados aprovados pelo rito comum, seja antes ou após a Emenda Constitucional n. 45, em turno único em cada casa do Congresso Nacional são considerados de natureza supralegal. Após a EC n. 45 esses tratados ganharam nível abaixo da Constituição, mas acima das leis, o que impede que leis contrárias a eles sejam aplicadas.

A terceira fase de formação dos tratados internacionais, é na verdade a ratificação dos tratados pelo Congresso Nacional, concluindo os trâmites internos para que o Estado se vincule ao tratado. Na última fase o Chefe de Estado, por meio de decreto, promulga e publica no diário oficial determinado tratado, que só a partir daí passa ter efeitos a nível interno. A Convenção de Viena já estabelece em seu artigo 11, que com relação ao consentimento de um Estado em obrigar-se a um tratado: "pode manifestarse pela assinatura, troca de instrumentos constitutivos de tratados, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios se assim acordado. " Apesar da Convenção apresentar um rol abrangente de formas de aceitação, na prática como já visto essas formas são mais limitadas e podem-se resumir em aceitação, ratificação ou aprovação. Para

Valério Mazzuoli (p. 179, 2018), o Estado tem a obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Constituição.

Ainda há a possibilidade de um Estado que não aderiu a determinado tratado se beneficiar do processo de adesão, caso o mesmo seja aberto a esse processo. Trata-se de manifestação unilateral do Estado, que exprime sua vontade de fazer parte de tal instrumento internacional. No Brasil tanto a adesão definitiva quanto a adesão ad referendum vem sendo utilizada, com posterior manifestação do Congresso. Destaque-se que nem todos os tratados permitem esse processo.

Para Valério Mazzuoli (2018, p. 180) não se aplica aos tratados, a vedação prevista no artigo 60, §1° da Constituição que diz que: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio". O autor afirma ainda que a relação entre tratados de procedimento especial e as emendas seria de equivalência e não de igualdade, portanto, considera que não deva se aplicar o rito das emendas aos tratados de direitos humanos.

O autor André de Carvalho Ramos(2009), diverge desse entendimento, afirmando que o novo modelo traz consigo a não necessidade de ratificação dos tratados especiais, reduzindo também a atuação presidencial. Contudo, deve-se analisar qual o posicionamento adotado pelo Poder Legislativo e Executivo, considerando que nas últimas ocasiões de tratados com ritos especiais, adotou o mesmo procedimento comum, sendo complementado pelos dois turnos, posição essa que já foi afirmada por Mazzuoli(2018).

O Supremo Tribunal Federal já apresentou posições divergentes quanto a hierarquia dos tratados. Atualmente, contudo, a Corte opta por uma espécie de "tripla hierarquia dos tratados", de acordo com a RE 466.343, STF/2008, que apresenta três níveis para os tratados. Considerando os tratados sobre direitos humanos no mesmo plano das emendas constitucionais, (CF, art. 5º, § 3º). Os tratados que versam sobre direitos humanos, mas foram aprovados por maioria simples de acordo com o procedimento ordinário, que para a Corte possuem nível de supralegalidade estando entre a Constituição e as leis ordinárias. E os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, estes considerados pelo STF como tendo força de lei ordinária, não admitem que um tratado aborde matéria reservada a lei complementar. Ainda que o posicionamento da

Corte tenha avançado, durante muito tempo vigorou o julgamento do Recurso Extraordinário n° 80.004, que igualava os tratados internacionais as leis infraconstitucionais.

O julgamento de um caso pela Suprema Corte, viria a modificar a linha de pensamento que vigorava anteriormente, foi o Recurso Extraordinário n° 466.343116, de relatoria do ministro Cezar Peluso, onde estava em discussão a possibilidade de ser decretada no Brasil a prisão do depositário infiel, visto as disposições presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Pacto de São José da Costa Rica. Nesse julgamento prevaleceu o entendimento, por cinco votos a quatro, que o tratado internacional tem no país status supralegal. A decisão teve por base a defesa feita pelo Ministro Gilmar Mendes, e é hoje um dos grandes marcos dos direitos dos tratados no Brasil. O entendimento que equiparava tais tratados a leis ordinárias ficou superado, como confirmado pela aprovação da Suprema Corte da Súmula Vinculante n. 25, que impede qualquer forma de prisão civil ao depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Deve-se atentar para a discussão acerca do nível supralegal dos tratados especiais, já tinha sido defendida pelo então ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n° 79.785120. Ainda se faz necessário mencionar, que mesmo antes da decisão da Corte e da Súmula Vinculante n. 25, já haviam alguns tratados internacionais que tinham status supralegal, seja por interpretação do Supremo Tribunal Federal dada a Constituição, ou por interpretação da mesma a matéria. Como por exemplo se ilustra no artigo 178, da Carta vigente, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 07/1995, que dispõe que "A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. "Dessa forma as normas que versam sobre transporte internacional teriam certo grau de superioridade.

Diferente do entendimento da Corte, Valério Mazzuoli (2018) avança ainda mais no entendimento sobre os tratados, ao defender o monismo dualista dialógico e a preponderância do direito internacional sobre o direito interno, com ressalvas apenas para as situações que este apresenta regras mais protetivas aos direitos humanos, nesse caso, pre-

valece sobre o direito internacional, tendo como base o princípio pro homine. Entende ainda que os tratados que não tem matéria de direitos humanos não estariam num nível de lei ordinária, mas sim possuiriam um status supralegal. Portanto, ao assumir um compromisso internacional, o Congresso Nacional, reconhece que não poderá legislar em sentido contrário ao mesmo. Para o autor os tratados que versem sobre direitos humanos teriam diferentemente da acepção da Corte, nível constitucional, ou seja, por tratarem da questão protetiva dos direitos do homem merecem ter o mesmo nível da Carta Maior, observa também o autor que esses tratados atualmente já possuem a chamada "cláusula de diálogo" ou "cláusula dialógica" , presentes no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos(1968), e que visam a uma maior adequação entre ordenamento internacional e nacional, sempre tendendo a proteger o indivíduo.Existem ainda seguimentos doutrinários que entendem ser tais tratados especiais, verdadeiras normas supraconstitucionais, ou seja, estando acima até mesmo da própria Constituição. As Constituições de países latinos vizinhos como a do Paraguai e Argentina já trazem o conceito de supranacionalidade como forma de proteção aos direitos humanos. No entanto, evidencia-se a grande dificuldade de aplicação de tal tese no Brasil, considerando a resistência por parte da doutrina e jurisprudência.

Para Mazzuoli (2018), a aceitação do ingresso dos tratados que versam sobre direitos humanos com hierarquia igual ou superior à das normas constitucionais significa, ao contrário do que pensam os defensores da soberania estatal absoluta, afirmar ainda mais a Constituição e deixa-la com maior aptidão para operar o Direito Internacional. Essa nova noção de um direito internacional possível, e aplicável em qualquer esfera do direito interno, pois supera e supre as leis brasileiras ao pensar de forma mais abrangente os direitos humanos, faz com que o autor seja pioneiro no desenvolvimento de uma teoria de controle de convencionalidade.

A própria jurisprudência da Corte Interamericana já possui entendimento a favor da aplicação do controle de convencionalidade das leis, pelos juízes nacionais, dos países signatários, esse instrumento deve estar presente na Carta Magna do país para que seu uso seja validado, como ocorre na Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL, [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.[2016]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 de junho de 2019.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 45. Brasília, DF: Presidência da República. 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 de julho de 2019.

BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos. Trad. Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos,2000.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Ed. Elsevier, 2004, p. 9-25.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua integração na proteção dos direitos humanos. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalhos de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Ed. Forense,2018, p. 179-327.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad. 1996.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-44.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. Max Limonad. 2 ed, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em 22 set. 1969. Disponível: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso: 10 de julho de 2010.

RAMOS, André de Carvalho.Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,v.104, p.241 a 286,2009. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857. Acesso em 15 de junho de 2019.

VIENA, Declaração e Programa de Ação de Viena. 1993. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm. Acesso em: 20 de junho de 2019.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2002.

PILARES JURÍDICOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS

Ivan Santiago de França
Suenne Santos de Aguiar

INTRODUÇÃO

A efetividade dos Direitos Humanos constituídos na Declaração Universal de Direitos Humanos e prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988, demandam a consecução de políticas públicas, que se estabelecem enquanto direitos, a serem perseguidos e efetivados pelo Estado, através de seus próprios entes federados, leia-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelas organizações não governamentais e pela sociedade civil.

As teorias que amparam as políticas públicas surgem na seara das ciências políticas, de modo que, dentre os pais fundadores deste instituto, se destaca Harold Laswell, cientista político, que introduz a análise de políticas públicas, numa tentativa de aproximar e dialogar a produção científica/acadêmica com a produção de políticas públicas governamentais (SOUZA, 2006).

No Brasil, a institucionalização do campo política pública ocorreu em meados dos anos 1980 e durante os anos 1990, tal período ficou marcado pela introdução da concepção políticas públicas enquanto agenda governamental, enquanto policy studies (estudo das políticas).

No campo do direito, as políticas públicas vêm nos últimos anos se expandindo, superado o período dos anos 90, denominado por muitos como a "década perdida", é nos anos 2000, que se dá o aumento substancial dos estudos e análise de políticas públicas pela perspectiva do direito.

Conceituar a política pública por si só se trata de um trabalho dificultoso, diante da multidisciplinaridade a que pertence. De modo preliminar e superficial, a política pública nasce em âmbito eurocêntrico com teorias elucidativas acerca do papel estatal, em âmbito norte-americano, surge num contexto acadêmico a fim de estabelecer teorias sobre este papel do Estado, mais especificamente acerca da ação governamental (SOUZA, 2016).

Atualmente, não existe uma consonância de conceituação acerca das políticas públicas, mas de forma não unânime, porém conforme corrente maioritária, se considera instrumentos ou ações governamentais (SOUZA, 2006), que têm por objetivo enfrentar determinado problema público (SECCHI, 2012).

Compreender a política pública enquanto um "agir governamental" dentro do contexto estrutural do estado brasileiro, instituído através de emendas constitucionais na Constituição Federal Brasileira de 1988, ou calcado em leis, decretos, procedimentos legais/administrativos, com características predominantemente normativistas, possibilita uma visão mais integral e completa acerca do instituto. Ação necessária para contribuir teoricamente com a seara das políticas públicas.

Importante destacar ainda que, a contribuição deste estudo, beneficia tanto o campo multidisciplinar das políticas públicas, como também o do direito, visto que, diante do caráter positivista que prepondera nessa área do saber, onde a formação do(a) bacharel(a) em direito, se volta muito mais a prática jurídica em sentido estrido, o tema ainda se faz silente em grande parte da academia Brasil afora, onde a implementação de temas como direitos humanos, direitos sociais e efetivação de políticas públicas permanecem adormecidos, apesar da relação que existe.

Assim, a noção de direito em políticas públicas, flutua entre as mais diversas concepções e convergência daqueles que se debruçam sobre a temática, e é dentro desses pontos de convergência, divergência e vácuos a que se propõe o presente estudo, ao analisar e levantar algumas questões-base, tais quais: Como se estabeleceu a relação entre direito e políticas públicas? Qual complexidade atual se sustenta entre o direito e as políticas públicas? O direito é arrimo suficiente para a efetivação dos direitos humanos nas políticas públicas? O direito, através da sua força normativa é garantidor de implementação de direitos sociais?

O presente estudo se baseou na pesquisa de caráter bibliográfico-exploratório, de modo que, os principais autores que nortearam e fundamentaram, foram: Farah (2016) Coutinho (2010), Bucci (2008), Souza (2006) e Comparato (1998). Numa abordagem qualitativa, já que se mostra a mais adequada a traduzir os fenômenos do mundo social, além de oferecer uma gama de conclusões a fim de referendar o universo escolhido, não buscando se exaurir nas próprias conclusões, visto que as políticas públicas, devem ser estudadas conforme suas especificidades, que são inegavelmente variáveis (DENZIN; LINCOLN. et al. 2006).

Desse modo, o objetivo geral do presente estudo trata-se de analisar algumas interseções entre o campo do direito e as políticas públicas no caso brasileiro. Os objetivos específicos pairam sobre: discutir o direito em políticas públicas dentro das teorias que as fundamentam, compreender a perspectiva a que se desenvolveu a temática, verificar o que está consubstanciado na Constituição Federal Brasileira de 1988, que enrobustece o que o estudo propõe.

A justificativa para esta pesquisa está em possibilitar uma discussão atual acerca do campo direito nas políticas públicas, visto que por estas últimas se tratarem de um campo de pesquisa multidisciplinar, têm-se um vácuo de estudos e pesquisas através desse perspectiva, um tanto indispensável para a análise deste campo, através de seus aspectos, desdobramentos e evoluções pós anos 2000 até os tempos atuais, buscando perpassar pelos direitos humanos, Constituição Federal de 1988, o papel do Estado Brasileiro e seus entes federados, das Organizações não governamentais e da sociedade civil.

Se desprezará, o ativismo judicial e mecanismo de juízos de constitucionalidade na análise de políticas públicas, por entender que, apesar de pertencer a seara do direito, este aspecto excede as políticas públicas, sendo interferências extrínsecas e ulteriores às políticas públicas, por não se tratar de pilar sustentável destas políticas, mas sim de mecanismo de intervenção posterior na garantia de direitos sociais.

A pesquisa se desenvolverá em percorrer através das seções a que se divide este estudo, dentre os quais: o campo do direito enquanto norma programática, do dever ser, como ferramenta e instrumento de implementação; o direito enquanto arranjo institucional, como mecanismo estruturante; o direito como mecanismo de participação social e voca-

lização de demandas dos atores interessados (Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – Organizações não governamentais e sociedade civil).

O DIREITO ENQUANTO NORMA PROGRAMÁTICA E COMO FERRAMENTA E INTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito possui essência normativa, do dever ser, desenhando-se em objetivo a se cumprir, por vezes normas programáticas, que se sustentam em estabelecer diretrizes para o desenvolvimento e alcance do que se propõe. Se subdivide em geração de direitos, têm-se a primeira geração de direito, se caracterizado como prestações negativas do Estado, ao qual necessário se fazia que este ente apenas se abstivesse de intervir na esfera individual, para efetivar tais direitos.

Já em direitos de segunda geração, têm-se o rol de direitos que para efetivar-se, necessitam da prestação positiva do Estado, de modo que para ver tais direitos preservados, se faz necessário um ente comissivo e atuante na "intervenção" em determinadas esferas sociais, para fazer cumprir seu papel constitucional de garantidor. Nesta perspectiva, para a concretização dos direitos humanos, em especial os direitos sociais, os denominados direitos de segunda geração, dependem de uma prestação positiva do Estado.

Conforme essa linha de pensamento, essa tutela estatal positiva, trata-se de "direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração" (BUCCI, 2006). Visto que, a título de exemplo: para garantir-se o direito a intimidade (1ª geração – prestação negativa do estado), faz-se necessário conceder o direito à moradia digna preliminarmente (2ª geração - direito social previsto no artigo 5º da Constituição Federal).

Apesar da previsão constitucional destes direitos e prestações estatais, e da sedimentação destes como cláusulas pétreas, isto é, como dispositivo legal instituído que não pode ser alterado ou suprimido. O modo de pensar políticas públicas no campo do direito, prevista constitucionalmente, não é por si só, capaz de suprir o instituto, através de um regime jurídico de políticas públicas (SCHIMITD, 2008).

E apesar da inegável importância e relevância destas disposições legais, onde o direito e as políticas públicas navegam, através das searas administrativa, constitucional e por vezes, econômica, o direito trata-se de alguma das faces de políticas públicas, que ao decorrer do tempo, se mostra como um elemento de grande importância para o estudo destas (SCHIMITD, 2008).

Mesmo levando-se em consideração que as escolhas e decisões sobre àqueles que decidem estejam fincadas em normas ou aspecto de políticas públicas, elas frequentemente, seguem não analisadas ou não tendo o aprofundamento a que carece (KOMESAR, 1994). Visto que, as políticas públicas são dotadas de particularidades e variabilidade em seus ciclos, que as tornam incapazes de serem completamente estipuladas (suas diretrizes) em normas.

Dentro desse conceito normativo, a que se inclui os direitos sociais, enquanto normas programáticas, ou seja, estipuladas conforme objetivos a serem alcançados através da efetivação destes – no seio de políticas públicas – estas normas existentes no seio da Constituição Federal Brasileira de 1988, também possui uma outra função, que trata-se de explicitar valores em seus comandos, a serem perseguidos nas mais diversas esferas de implementação do Estado (COUTINHO, 2013).

Neste liame de normas programáticas e de comando de alcance de objetivos para os agentes pertencentes aos diversos entes federados, que exercem em suas funções, o papel social. Necessitam agir conforme tais valores, no trato com a coisa pública. É neste sentido que os direitos sociais, enquanto inegavelmente direitos humanos e seu exercício e fruição vêm exorando um conjunto de garantias e medidas estatais, que nos últimos anos, leia-se pós Constituinte de 1988, implicou em várias emendas a constituição, a fim de disciplinar legalmente o processo social, criando mecanismos de neutralização da força desagregadora e excludente da economia capitalista, a fim de se promover o real desenvolvimento da pessoa humana, conforme os preceitos de Direitos Humanos (BUCCI, 2006).

Seja porque os objetivos de políticas públicas raramente são especificados em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcançá-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos possam contar com um arcabouço

jurídico minimamente flexível, que permita experimentações, revisões e a incorporação de aprendizados, além de assegurar prestação de contas e controle democrático (COUTINHO, 2013).

E é ainda nessa linha de raciocínio de cumprimento, exercício e fruição destes direitos sociais – direitos humanos – que se faz indispensável a atuação estatal de forma a concretizar tais direitos, mesmo considerando que as leis constitui alguma das vertentes destas políticas, e que a ação do poder legislativo não possui predominância nestes processos (ARZABE, 2006).

Insta salientar que apesar da vinculação de políticas públicas a atos dos poderes legislativo e executivo, através de leis, decretos, resoluções e atos administrativos, leia-se praticados pela administração pública, através dos entes federados. Políticas públicas se sustentam também, atualmente, na figura dos conselhos de direitos.

Que se trata de órgãos colegiados, surgidos com o advento da Constituição Federal de 1988, envoltos na formulação, deliberação, monitoramento e avaliação das políticas públicas. Onde sua criação – que pode ser realizada pela sociedade civil ou pelo Executivo (federal, estadual ou municipal) – deverá ser levada ao crivo do Legislativo para que seja elaborada uma Lei que os autorize.

O repasse de verbas muitas vezes está ligado a existência destes conselhos, de modo que, muitos destes são constituídos sem a mobilização da comunidade, sem envolvimento da sociedade civil em geral, mas por estrita imposição legal (ARZABE, 2006).

O papel destes conselhos de direitos, possuem uma dupla função - de direito - em políticas públicas, a primeira como instrumento de implementação e a segunda, o papel de vocalizador de demandas, que será tratado em seção específica no presente estudo. Por enquanto, suficiente é citá-lo como mais um instrumento de implementação de políticas públicas.

O DIREITO ENQUANTO ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas por si só, se apresentam através de arranjos - de ações, de atores, de implementação, dentre outros – neste sentido estas políticas são, naturalmente, arranjos institucionais dotados de complexi-

dade, traduzidos em estratégias ou programas de ações governamentais, que culminam em processos juridicamente regulados, que busca adequar fins e meios (BUCCI, 2008).

De modo que, cada política pública é dotada destes arranjos - considerados por Bucci como arranjo jurídico institucional – que se apresentam como diretrizes, estratégias, atores (governamentais e não-governamentais), que se inter-relacionam em seus elementos, para a implementação da política pública (BUCCI, 2015).

Para compreender o papel do direito, através dos arranjos institucionais de políticas públicas, necessário se faz compreender, a importância dos Municípios no que tange a implementação destas políticas, após a democratização e concomitantemente, o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, em que se incluiu o Município numa nova forma de organização política-estatal, no rol de membros da Federação, onde estes passaram a se reger por Lei Orgânica própria, e sua autonomia (administrativa, política e financeira) fora ampliada.

Ocorreu assim, uma descentralização de poderes, dotando maior autonomia a estes entes municipais, consubstanciados por declarações internacionais e agendas, de forma que passaram a ter também, maior capacidade política e econômica, para que em cooperação com os outros entes (União e Estados), pudessem promover políticas públicas (JUNIOR, 2006).

Tratando-se assim, de uma nova "era" em que se prezara pelo reestabelecimento da democracia, do Estado de Direito, da provisão do Estado dos direitos sociais (dispostos na Constituição), com redistribuição de renda a nível nacional e a descentralização administrativa – a título de exemplo o supracitado novo papel dos municípios (COMPANS, 2005). Sobre esse ponto esclarece (COMPANS, 2005, p. 179):

> "A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, havia consagrado alguns princípios integrantes da agenda reformista da coalizão de forças políticas que viabilizara a transição do regime autoritário e que se consolidaria, posteriormente, na elaboração das constituições estaduais, leis orgânicas e planos diretores das cidades."

Acerca da descentralização, a Constituição Federal Brasileira de 1988, reconheceu como ente federativo/federado o município, atribuindo a este

ente competências, autonomia, transferência de recursos para que esse nível de governo, pudesse agir nas transformações sociais através de políticas públicas, em especial as políticas sociais (FARAH, 2016, p. 972).

Compreender o direito como parte do arranjo institucional estruturante das políticas públicas, trata-se de enxergar que através deste campo, se estabelece as leis, decretos, atos administrativos, estipulação dos entes e atores envolvidos, procedimentos responsáveis pela/para implementação do desenho institucional de políticas públicas.

Importante dispor que, não se pretende exaurir o arranjo das políticas públicas dentro da seara do direito, mas substanciar a sua importância dentro dos ciclos de políticas.

O DIREITO COMO MECANISMO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E VOCALIZADOR DE DEMANDAS

A constituição Federal Brasileira de 1988, no parágrafo único do Art. 1º, estabelece que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Neste sentido, temos duas figuras que podem exercer sua participação dentro de políticas públicas, os representantes eleitos, que desenvolvem suas atividades conforme o estado democrático de direito e a função social em que exercem enquanto representantes do povo e a próprio povo, enquanto sociedade civil organizada, em que a própria Constituição os atribui o poder de exercer o próprio "poder" diretamente.

Retoma-se então a figura dos conselhos de direitos, estes que, como já dito anteriormente, estão previstos na Constituição Federal de 1988, regulamentados através de Leis, podendo existir em nível federal, estadual ou municipal (BUCCI, 2006). A própria Constituição previu a participação popular "na elaboração na formulação, dentre outras, das políticas públicas da saúde, assistência social, educação e direitos da criança e do adolescente" (FRISCHEISEN, 2006, p. 45).

Os Conselhos de direitos são órgãos colegiados, permanentes e deliberativos, a ele conferidos a formulação, supervisão e avaliação de políticas públicas, existentes em todos os entes federados. "Ao impor a criação de conselhos e vincular sua existência até mesmo para o repasse de verbas, o Estado na verdade promove o fortalecimento da cidadania e

da participação da comunidade na gestão da coisa pública" (ARZABE, 2006, p. 33).

Sua existência é indispensável, visto que "os conselhos são paritários, ou seja, são compostos em razões iguais por membros da sociedade civil e por membros do poder público" (ARZABE, 2006, p. 38). Trata-se de um lugar de participação popular, em que se gera e executa políticas públicas" (BUCCI, 2006).

Assim, a imposição, por vezes, da existência dos conselhos de direitos, se deu, dentro do contexto também de descentralização, no sentido de que, a gestão das cidades, devam ser democráticas e ter a participação popular, no caso da sociedade civil (JUNIOR, 2006).

Por fim, a participação social em que se vocaliza demandas, também chamadas de participação democrática, popular, entre outros termos, refere-se aos princípios norteadores político-administrativos, emanados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que concedem aos mais diversos atores sociais (cidadãos ou organizações civis) a inclusão e participação nas decisões em políticas públicas (MILANI, 2008).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou reaproximar o campo do direito às políticas públicas, através de algumas perspectivas de direito observáveis nestas políticas. Numa compreensão de políticas públicas, enquanto ação governamental, no sentido de intervir em algum problema social, a fim de fazer cumprir os direitos sociais elencados na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Constituição Federal Brasileira de 1988.

De modo que, numa primeira perspectiva, se nota que estes direitos sociais dispostos constitucionalmente, trata-se de normas programáticas, ferramenta e instrumento de implementação, como diretrizes do ordenamento jurídico pátrio para que os entes federados, seja ele federal, estadual ou municipal, faça valer os princípios que dispõe.

Ao passo que, esses direitos sociais, dependem para sua efetivação, de uma atitude comissiva do estado, ou seja, que o estado os conceda através de uma prestação positiva, que faça, que exerça, para que os indivíduos possam gozar de tais direitos.

Como ferramenta e instrumento de implementação, se tem os processos e procedimentos dispostos como o iter, o caminho a percorrer para se fazer efetivar as políticas públicas, sejam através de atos do Legislativo

ou de atos do Executivo, mas de uma forma ou de outra, com mecanismos de direito que o preveja.

Numa segunda faceta do direito, apresenta-se os arranjos institucionais, que se estabelecem, principalmente, após a democratização, em que se passa por uma reforma administrativa-política, em que se atribui aos municípios a figura de ente da federação, concedendo autonomia administrativa, política e financeira, para que, também, em cooperação com os outros entes federados, exerça sua função social na efetivação de políticas públicas.

Incluindo ainda, a figura dos conselhos de direitos, advindos e dispostos também, com a democratização, em que seria formado por agentes da administração pública e pela sociedade civil, acompanhando as diversas etapas do ciclo de políticas públicas de forma paritária.

Numa terceira faceta, apresenta-se a participação social e a vocalização de demandas, que é possibilitada a partir do que dispõe a Constituição, de que o povo pode exercer diretamente o poder a que emana, muito perceptível nos conselhos de direitos supracitados.

Desprezou-se a abordagem do ativismo judicial no que tange o confronto entre a norma programática e o seu cumprimento, por considerar que este elemento é extrínseco as políticas públicas, a judicialização das políticas.

Por fim, importante dispor que, vários são os mecanismos de direito que interferem em políticas públicas, seja nos procedimentos, seja na execução ou na avaliação. Dentro da presente pesquisa, não se buscou exaurir políticas públicas no campo do direito, visto que estas pertencem ao campo multidisciplinar, mas sim consubstanciá-las também dentro desta seara.

REFERÊNCIAS

ARZABE, Patrícia Helena Massa. **Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **"Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas"**. In Políticas públicas: possibilidades e limites, organizado por Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Teresa Fonseca Dias. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional**. In: SMANIO, G. P.; BERTOLIN, P. T.; BRASIL, P. C. (Orgs.). O direito na fronteira das políticas públicas. São Paulo: Páginas e Letras, 2015. p. 7-11.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília**, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **O direito nas políticas públicas**. In A Política Pública como Campo Multidisciplinar (Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs.) São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013.

COMPANS, Rose. **Empreendedorismo urbano: entre o discurso e a prática**. São Paulo: Unesp, 2005. p. 179.

DENZI, Norman. K; LINCOLN, Yvonna. S.; e Colaboradores. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

FARAH, Marta Ferreira Santos. **Análise de políticas públicas no Brasil: de uma prática não nomeada à institucionalização do "campo de públicas"**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 50, n. 6, p. 959-979, dez. 2016. ISSN 1982-3134.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas Políticas Públicas: Planejamento, Desenvolvimento e Fiscalização**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUNIOR, Nelson Saule. **Políticas Públicas Locais Município e Direitos Humanos**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políti-

cas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

KOMESAR, Neil 1994. **Imperfect Alternatives – Choosing Institutions In Law, Economics And Public Policy**. Chicago: University of Chicago Press.

LASWELL, H.D. **Politics: Who Gets What, When, How**. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958.

MILANI, C. R. S. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino--americanas e europeias**. Revista de Administração Pública, v. 42, n. 3, p. 551–579, jun. 2008.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos**. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G.. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. 1ªed.Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, v. 8, p. 2307-2333.

SOUZA, Celine. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A INCLUSÃO DA CONCEPÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Natasha Yasmie Castelo Branco Donadon

INTRODUÇÃO

Diante da emergência de casos jurídicos concretos transterritorializados relevantes para diversas ordens jurídicas envolvendo, inclusive, direitos humanos, invoca-se o conceito de transcontitucionalismo. Neste diapasão, nota-se a importância de um estudo aprofundado da matéria, tendo em vista, principalmente, o inevitável surgimento de colisões nessas relações.

O Constitucionalismo foi o movimento que surgiu quando as constituições estatais deixaram seu papel secundário e vieram a ocupar o papel principal, ou seja, centro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, tornando-se indispensável para a limitação, a organização do poder e trazendo a positivação dos direitos fundamentais. Porém, o Constitucionalismo não consegue ir além dos problemas internos de cada Estado, as questões de ordem mundial não são tratadas, principalmente a questão da eficácia de direitos fundamentais que deixou de ser, em muitos casos, um problema que se remete a um único Estado.

O conceito clássico de Constitucionalismo enseja uma visão de determinar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em um ter-

ritório delimitado. Como tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado e daí surge o transconstitucionalismo.

O presente capítulo tem como pretensão principal a abordagem do transconstitucionalismo e seus efeitos nas decisões nacionais, envolvendo o cenário da globalização e a iminente necessidade de se adotar novos mecanismos que busquem solucionar, facilitar e evoluir positivamente os diálogos transconstitucionais sobre os direitos humanos na sociedade jurídica internacional.

Ademais, busca-se identificar a contribuição dos fenômenos da Transconstitucionalidade para o Constitucionalismo brasileiro, nos últimos anos, como sendo um processo de integração e interconexão dos Estados globalizados. Para tanto, busca-se compreender os direitos humanos na sociedade atual, entender como se dá o transconstitucionalismo entre diversas ordens jurídicas, e sua aplicação prática no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Este capítulo visa a demonstrar a necessidade de uma política de diálogo e cooperação mútua entre os Estados, a partir de um desprendimento de vaidades e poder, e sentimento de solidariedade na sociedade jurídica global. Desse modo, concluir-se-á que o transconstitucionalismo é o direito constitucional do futuro.

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO SOBERANO

O relacionamento entre Direito Constitucional e Direito Internacional é cada vez mais intenso e complexo. Com frequência, ambos atuam em cooperação na busca da promoção dos direitos humanos e fundamentais, que tanto estão previstos nas constituições democráticas internas como no plano internacional. Mas, outras vezes, podem haver conflitos entre eles, principalmente pela pretensão de supremacia manifestada por ambos.

Muito se sabe e conhece sobre a soberania estatal, mas, se faz oportuno tecer alguns comentários relacionados a seu conceito. Para Anthony Giddens:

> Soberano é o Estado cuja organização política tem a potencialidade, dentro de um território ou territórios delimitados, de produzir leis e efetivamente sancionar a sua manutenção; exercer um mono-

> pólio sobre o controle dos meios de violência; controlar políticas básicas relacionadas às questões internas ou à forma administrativa de governo; e o acesso aos frutos de uma economia nacional que sejam a base de sua receita.

Ainda no entendimento do autor, em um estado soberano, de caráter democrático, a autoridade estatal é a mediação suprema legisladora e executora da lei, estas sendo unificadas. Os governos representam essa autoridade soberana como "delegados", e isso é uma fonte das tendências em direção à poliarquia nos estados modernos.

No entendimento de Eduardo Garcia Maynez:

> A soberania é um atributo essencial do poder político. Pode ser vislumbrado tanto positiva quanto negativamente. Sob o foco negativo, é a prerrogativa de que nenhum poder é maior que o estatal. Na via positiva, é a compreensão de que é a sua independência em relação a outras potências.

Destarte, entende-se que a soberania no plano internacional significa independência, pois os Estados são unidades políticas soberanas, iguais e politicamente independentes. De fato, a soberania se mostra um elemento importante para o Estado Moderno e também para a formação da sociedade internacional. A teoria da soberania absoluta é viável ao Estado que não tenha pretensão de reduzir sua política às regras do Direito Internacional, porém, a primazia da soberania até o momento não legitima o abuso deste poder.

Apesar de a soberania ter sido o fundamento do Direito Internacional na sua origem (para fomentar a paz entre os Estados), é cediço que a soberania nunca foi absoluta, conforme se observa teoricamente.

Assim, o conceito de soberania advindo da doutrina francesa entra em contraponto com a doutrina contemporânea do direito internacional público. Constata-se que o conceito de soberania é relativo, não sendo um elemento essencial ao Estado. Desta forma, não se poderia elencar os Estados que se submetessem às normas de Direito Internacional como entidades soberanas, visto que a soberania significa autoridade suprema.

Aqui deve haver uma observação no que tange a Declaração da Carta das Nações Unidas em 1945 e a Declaração dos Direitos do Homem em

1948, ambos transferem para o plano âmbito internacional os limites à soberania até então exclusivos ao plano interno estatal. Acontece um processo de globalização e internacionalização da proteção dos direitos fundamentais, se exigindo aos Estados práticas concretas para seus interesses internos e para os interesses comuns da humanidade.

Não obstante estes fatos, a noção de soberania continua por ser utilizada nas relações internacionais, assim, a própria ONU mostra sua vinculação a tal princípio ao exigir que a Organização e seus Membros devem agir conforme ao princípio da igualdade soberana de todos os seus membros. Ainda, há proibição de ingerência da Organização nas pautas de ordem interna dos Estados em seu artigo 2º, inciso 7:

> Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:
>
> (...)
>
> 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII.

A partir dessas considerações, verifica-se a importância de se compreender as mutações que o reconhecimento dos direitos fundamentais trouxe para o Direito Internacional. A rede de proteção dos direitos fundamentais indicou o que é matéria de competência exclusiva de cada Estado e incentivou a necessidade de um sistema de garantias jurisdicionais aplicáveis contra os Estados. Isto porque, segundo Luigi Ferrajoli:

> A soberania, sob a ótica do direito, revelou-se uma categoria antijurídica, porque ela é uma negação do direito, da mesma forma que este é a sua negação. Ou seja, há uma antinomia entre direito e soberania, justamente pelo fato de que o poder soberano dos Estados é desprovido de regras e limites.

Principalmente, deve-se considerar que idealizar a soberania como o poder máximo do Estado, prejudica a compreensão da sua dimensão externa internacional, onde se faz necessário coabitar uma gama diversificada de vontades soberanas. Os aspectos jurídicos, históricos e políticos do conceito de soberania são indissociáveis, tanto que o seu conceito político serve para justificar a noção jurídica do poder estatal.

Portanto, verifica-se que sempre haverá dicotomia frente à proteção dos direitos fundamentais, criando certos conflitos entre a soberania estatal e o direito internacional. Diante de um cenário jurídico longe de ser o ideal e mais eficaz, juristas por todo mundo buscam soluções para os problemas constitucionais que ultrapassam fronteiras territoriais e se explanam no âmbito internacional. Assim, o processo de globalização jurídica tornou-se inevitável. Apesar de existir uma Constituição uma, verifica-se a necessidade da implementação de um novo constitucionalismo, principalmente no que diz respeito à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

Contando com uma nova visão na busca da proteção e efetivação dos direitos fundamentais e consequentemente com uma maior integração da sociedade mundial, os problemas inerentes ao tema tornaram-se impossibilitados de serem tratados por um único Estado. É cada vez mais frequente a ocorrência de problemas de direitos humanos tornando-se relevantes para mais de uma ordem jurídica, simultaneamente.

Segundo Marcelo Neves:

> O direito constitucional, embora tenha sua base originária no Estado, começa a se emancipar dele, não pelo surgimento de outras Constituições, mas tendo em vista que outras e diversas ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução de problemas constitucionais, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais.

Destarte, consigna-se que não se pode substituir a dignidade, a liberdade, a igualdade garantida pelos direitos humanos fundamentais por noções defasadas dos termos "Constituição", "soberania", "Estado" ou "supremacia", vez que são aqueles princípios basilares da construção de qualquer sociedade efetivamente justa, plural e democrática.

Acerca desse paradoxo, o sociólogo humanístico polonês Zygmunt Bauman, salienta que é utópico pensar em soluções uníssonas e incontestáveis para dilemas morais, uma vez que estes, por sua própria natureza,

são ambíguos. Dessa maneira, a solução não estaria na positivação genérica e vaga dos direitos humanos na esfera internacional, mas na constituição de um diálogo intercultural que permita uma real construção de valores universais. Nesse sentido, a própria natureza desses direitos mostra-se facilitadora desse debate, pois tem como premissa justamente a aceitação das diferenças e a não discriminação de qualquer natureza.

TRANSCONSTITUCIONALISMO

Com o advento da Globalização, ao fomentar a mitigação das barreiras econômicas e proporcionar modificações de ordem social, tecnológica e cultural, promoveu também uma interdependência entre os Estados, o que significa na diminuição de suas respectivas autonomias.

Daí, surgiu a necessidade de um diálogo que permitisse aos Estados, utilizando-se de princípios básicos, aprofundarem-se no processo de integração em busca de soluções que respondam aos interesses de partes ambivalentes que estejam submetidas a textos constitucionais distintos.

Portanto, existe uma interconexão que liga as Constituições nacionais a uma órbita maior, internacional. Assim, de acordo com Peter Häberle, alertando que o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto, o Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. De sorte que também o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.

Na visão do ilustre constitucionalista alemão, os ordenamentos jurídicos internos necessitam, cada vez mais, da conexão com os ordenamentos jurídicos externos para que sejam garantidos os próprios direitos consagrados nas suas constituições.

Em sua obra, o dileto constitucionalista Marcelo Neves, propõe uma solução: o diálogo construtivo. Referido fenômeno é intitulado "transconstitucionalismo". Sua proposta central é a busca por uma convivência cooperativa, e não destrutiva, entre as perspectivas jurídicas apresentadas pelas decisões emanadas dos tribunais nacionais e internacionais.

A partir daí, destacando-se um ideal de aceitação e pluralidade, e abdicando-se das disputas de poder, seria possível promover um diálogo jurídico cultural entre várias instâncias decisórias, de maneira que casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente. Em suas palavras:

> O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o 'modelo de articulação', ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.

Assim, evidencia-se a necessidade de um maior diálogo e aproximação entre ordens constitucionais, partindo da premissa de que os direitos ultrapassam o limite interno dos Estados. Não se pretende a implementação de uma Constituição universal, ao contrário, o objetivo é a inclusão de mecanismos eficazes de interação entre as ordens constitucionais e a evolução e eficiência nas decisões que sejam emanadas por diferentes sistemas jurídicos que estão em constante interação.

De tal sorte, problemas que digam respeito a direitos fundamentais, dentre outros, poderão dialogar com outras ordens constitucionais de maneira semelhante da qual se tem decidido questões de mesmo interesse no cenário mundial. Dessa forma, o propósito do constitucionalismo irá ser cumprido, onde diálogos construtivos garantirão aprendizados e reconstrução do que anteriormente se entendia sobre determinado direito fundamental concretamente questionado.

Marcelo Neves, acrescenta que:

> As diversas ordens jurídicas, entrelaçadas na solução de uma circunstância constitucional que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar meios transversais de articulação para a resolução do conflito, de modo que haja reconhecimento recíproco entre os ordenamentos, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de solução das controvérsias. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.

Ademais, afirma o mencionado autor, que o transconstitucionalismo não pretende comprometer ou excluir a autonomia dos Estados no ordenamento jurídico, mas objetiva uma integração antes de uma submissão. Entretanto, pretende afastar a ideia de um constitucionalismo provinciano, autossuficiente, tendo em vista sua incompatibilidade com a atual si-

tuação da sociedade mundial: dinâmica, complexa e multicêntrica.

Buscando explanar sua tese de forma mais didática, Marcelo Neves utiliza a expressão "ponto cego":

> Ainda que nós não sejamos capazes de enxergar o "ponto cego" de determinada coisa ou situação, é possível que outro o faça. Desse modo, o nosso campo de visão se amplia consideravelmente a partir do momento em que nos colocamos à disposição para ouvir o que o outro tem a dizer, sem utilizar a força e a arrogância para sobrepor nosso posicionamento.

Entende-se, portanto, que para Neves não há uma pessoa física ou grupo social que possua uma perspectiva tão abrangente e privilegiada sobre uma determinada problemática a ponto de apropriar-se no direito de impor sua solução própria aos outros sem considerar também suas perspectivas. Assim, utilizando-se da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, a melhor solução seria permitir que diversos sistemas jurídicos possam ser organizados a fim de que contribuam positivamente para seu desenvolvimento mútuo.

Posto isto, se pode afirmar que, em suma, o transconstitucionalismo propõe que se busque uma forma de possibilitar a convivência não destrutiva – mas cooperativa - de diversas perspectivas, a partir de um espírito de pluralidade e aceitação das diferenças que caracterizam a sociedade contemporânea multicêntrica. Para o direito, significa a aceitação da atuação concomitante de diversas ordens jurídicas sem que nenhuma delas possa se impor sobre as demais. Desse modo, o ponto crucial não consiste em descobrir a quem pertence a *última ratio* acerca de determinado conflito, mas estimular uma conversação entre as várias instâncias decisórias a fim de que os casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente.

OS REFLEXOS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Compreendido o transconstitucionalismo, entende-se que na prática, os juízes nacionais, no julgamento de casos, devem considerar o material informativo desenvolvido por outras ordens jurídicas pelo mundo afora,

quando em discussão de tema semelhante. Incontestavelmente, a simples adoção desse hábito, possibilita ao mundo jurídico determinar com mais consistência o conteúdo dos direitos fundamentais, permitindo que os juízes examinem a compreensão de suas próprias tradições jurídicas, comparando-as com outros posicionamentos, ampliando seu repertório de conhecimento e, assim, produzindo decisões mais ricas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, dotada de alta carga axiológica, de abertura constitucional e de preocupação com a ordem internacional, habilitou o Brasil a ingressar no diálogo da "comunidade internacional". Destaquem-se os princípios da "prevalência dos direitos humanos" e da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", que regem as relações internacionais.

Não obstante, também são dignos de evidência os parágrafos 2º, 3º - introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 – e 4º do art. 5º da Carta Magna, além do art. 4º, II e IX do mesmo diploma legal, os quais, indubitavelmente, contribuíram para uma maior inclusão das perspectivas internacionais dos direitos humanos no cenário jurídico brasileiro, *in verbis*:

> Art. 4º- A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> **II** - prevalência dos direitos humanos;
>
> **IX** - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
>
> Parágrafo único - A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.
>
> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
>
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 2012, p. 01)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar, mesmo que tímida, uma disposição dos ministros no sentindo de reconhecer a necessidade de comunicação entre posicionamentos firmados por diferentes ordens jurídicas. A exemplo, temos o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica, discutida simultaneamente pela Organização Mundial do Comércio, pelo MERCOSUL e pelo Supremo Tribunal Federal. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada por diversas ordens, leva ao fenômeno que Neves chamou de transconstitucionalismo.

De igual forma, houve a discussão sobre a constitucionalidade da Lei da Anistia, tanto pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, quanto pelo Supremo Tribunal Federal. Os resultados decorrentes desses dissensos entre os ordenamentos jurídicos diversos podem repercutir duvidosamente no presente e no futuro das civilizações. Referidas situações emblemáticas se apresentam como terreno convidativo e proveitoso para as contribuições do transconstitucionalismo.

A outro exemplo, após o Brasil tornar-se signatário do Pacto de São José da Costa Rica, no qual ficou estabelecido a proibição da prisão do depositário infiel por dívidas, que era legalizada pela Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou decisão no acórdão de nº HC 87.585/TO79, no qual declarou que tratados que versem sobre direitos humanos possuem hierarquia supralegal, ou seja, que tais Tratados estariam acima das normas ordinárias que dispusessem o contrário. Portanto, evitou-se a colisão da norma constitucional brasileira com o Tratado que fora assinado pelo país promovendo uma ponte de transição com o diálogo entre os mesmos.

Mais um interessantíssimo caso é o HABEAS CORPUS N. 82.424 – "Caso Ellwanger". No bojo do julgamento desse caso, o Pleno do STF confirmou, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, a condenação, pelo

crime da prática de racismo, de Siegfried Ellwanger. Este vinha, no correr dos anos, dedicando-se de maneira sistemática e deliberada a publicar livros notoriamente antissemitas, como os "Protocolos dos Sábios de Sião", e a denegar o fato histórico do holocausto, como autor do livro "Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século".

O caso Ellwanger é um grande marco na jurisprudência dos direitos humanos, um dos identificadores da prevalência do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988. Em seu preâmbulo, a Constituição sustenta os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e contempla, entre os objetivos da República, o de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No capítulo dos direitos, a Constituição brasileira consagra o princípio genérico da igualdade e da não-discriminação. Especifica também que a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei.

Nessa decisão, além da referência extensa a instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a jurisprudência estrangeira foi largamente citada. Dentre as várias decisões mencionadas, foram citados: o caso "Jersild versus Dinamarca", julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em setembro de 1994, bem como o "Caso Publicação cômica contra o povo judeu", do Tribunal Constitucional Espanhol (Sentença 176/1995, julgado em 11.12.1995); bem como o Caso "Schenck versus United States", voto do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. proferido em 1919 (249 U.S. 47, 52) e o "Caso Virginia versus Black et Al.", da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Nesse caso, observa-se ampla disposição do Supremo Tribunal Federal para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de um grande problema constitucional de direitos humanos que assola, não somente o Brasil, bem como toda a sociedade global. Nesse sentido, ressalta Marcelo Neves que nesse caso:

> Não se trata da adoção de um simples "modelo de convergência" com base no art. 5º, 2º da Constituição Federal e, posteriormente, com fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Muito menos, cabe

> regresso a um "modelo de resistência" a partir de uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o "modelo de articulação", ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente nos mesmos problemas jurídicos constitucionais dos direitos humanos.

Observa-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem abraçado a proposta de entrosamento e diálogo introduzida por Marcelo Neves, vez que, por diversas vezes, tem se utilizado de decisões de cortes e tribunais internacionais para fundamentar seus julgados.

De fato, a existência dessas cortes e tribunais traz em seu íntimo o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos, além da aceitação compulsória dessas cortes, nos termos do §4º do art. 5º da Constituição Federal, acima colacionado.

Nas experiências brasileiras mais recentes, nota-se que o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas vem se desenvolvendo de maneira sensível no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, observa-se que a invocação da jurisprudência constitucional internacional tem se revelado não apenas nos votos individuais dos ministros, mas se expressa nas Ementas e Acórdãos, como parte d*ratio decidendi*.

Entretanto, de acordo com o dileto ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (MENDES, 2012), a introdução do transconstitucionalismo no direito brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. A exemplo dos casos analisados neste tópico, onde se observa a incorporação da perspectiva internacional dos direitos humanos nas decisões da nossa Corte Constitucional.

CONCLUSÃO

A ideia de soberania traçada na Idade Moderna não se aplica mais de maneira absoluta e os Estados não gozam das mesmas prerrogativas

de supremacia e independência que gozaram outrora. Ao contrário, progressivamente, os poderes estatais vão se esvaziando frente a entidades internacionais que praticam ingerência em questões de ordem das políticas públicas, como é o caso das cortes de proteção aos direitos humanos.

Foi possível compreender, no desenrolar dos capítulos, que a sociedade atual multicêntrica, cada vez mais se desprende das fronteiras territoriais de seus Estados soberanos para tornar-se sociedade global. Consequentemente, os problemas constitucionais referentes a direitos fundamentais deixam de ser particularidade de um ou outro povo ou nação, e passa a ser uma problemática da sociedade global. Órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos são criados, para assim acelerar o processo de efetivação dos direitos fundamentais eventualmente garantidos por uma Carta Maior, mas que, por motivos obviamente alheios à vontade do Constituinte, não se concretizam na vida do cidadão.

Cabe às Constituições, desta feita, promover o papel heroico de proteção aos direitos humanos e a integração dos sistemas jurídicos, seja por meio de única constituição que possa servir a um bloco ou comunidade de nações, por meio do interconstitucionalismo, seja por meio de normas e dispositivos constantes nos seus textos que propiciem um diálogo entre os mais variados regimes, o que ilustra o Transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo contribui para a formação de um raciocínio transversal, isto é, um instrumento de diálogo à disposição dos aplicadores do Direito e que serve de parâmetro para que decisões que envolvam questões complexas como possíveis antinomias entre julgados provenientes do direito interno e externo possam ser resolvidas com facilidade.

No cenário jurídico brasileiro discutem-se os reflexos do fenômeno do transconstitucionalismo no Supremo Tribunal Federal. Conforme o exposto, observa-se que, ainda que a passos lentos, nossa Corte Constitucional tem sem preocupado em levar em consideração a perspectiva internacional dos direitos humanos em suas decisões, não apenas nas fundamentações, mas também quando da *última ratio*.

Entretanto, essa ainda não é uma medida de plena aplicação no Supremo. Vê-se que, apesar da brilhante decisão quando do julgamento do "Caso Ellwanger", no qual invocou normas e precedentes de outras ordens jurídicas, o STF ainda possui certa resistência em dialogar com algumas decisões de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de

Direitos Humanos.

De fato, não há dúvidas de que o transconstitucionalismo proposto por Neves é de implementação prática dificultosa O que pode ser observado é que a nova ordem global não tem interesse em controlar ou limitar sua atividade, prezando significativamente pela soberania. Ocorre que a ascensão da proteção internacional aos direitos humanos vem fazendo surgir a necessidade de se relativizar a soberania em prol da justiça global.

Referida relativização não consiste em, exatamente, ignorar o princípio da soberania, mas repensá-la em termos diversos daqueles que a impõe junto a um caráter meramente militarista ou territorialista. Sendo assim, ideal seria reproduzir em âmbito global a sistemática da subordinação mútua, voluntária e cooperativa, de maneira a atribuir a ela um conceito evolutivo e positivo para a sociedade global.

Assim, cabe observar que as diversas ordens transnacionais se envolvem simultaneamente, ou seja, com pluralidade de ordens de tipos diferentes: estatais, internacionais, supranacionais e locais, envolvendo até ordens de caráter informal. Desta forma é que se dá o sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados.

O transconstitucionalismo, portanto, também tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diversos. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas, promovendo cooperações e colisões através das já tratadas pontes de transição que, não coincidentemente, são essenciais à concreção dos direitos fundamentais: a justiça e a igualdade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/ConstituicaoCom pilado.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2016.

BRASIL, **Decreto Nº 19.841, DE 22 de outubro de 1945. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm**>. Acesso em 17.11.2016.**

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei da Anistia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Jus Brasil, 18 de novembro de 2016.

FERRAJOLI, L. **A Soberania No Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: EDUSP, 2001. p. 296.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introdución al estúdio del derecho**. México: Porrua, 1974. p. 101.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártir; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

UNIDADE DE ACOLHIMENTO: VIOLÊNCIA E PRISÃO CAMUFLADA

Crenilda Rocha dos Santos

Introdução

Esse artigo retrata o funcionamento de uma casa de acolhimento. A pesquisa surgiu após uma experiência em lócus. Depois buscou-se aprofundar o assunto através de entendimento teórico e com base nos discursos presenciados em participações à programas de qualificação, assim como palestras sobre a infância e a adolescência. Ao estudar sobre "instituições totais" compreendeu-se que a Unidade de Acolhimento funciona como instituição total de internamento. Logo percebe-se a incompatibilidade com o que diz o ECA: **"Art.15**: - *A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade humana em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.*"

Sabe-se que, o respeito à condição da pessoa em desenvolvimento é contrário ao confinamento e a segregação, os quais estão presentes nas unidades de acolhimento. Com base na constituição a criança e o adolescente são considerados como sujeitos de direitos que merecem ser respeitados dentre suas peculiaridades como pessoa em desenvolvimento.

Unidades de Acolhimento como instituição total.

No quadro de funcionários da unidade de acolhimento há uma hierarquia, logo, o primeiro grupo é formado pela equipe técnica, a qual possui formação em nível superior, sendo eles: a gerente, uma assistente

social, uma psicóloga, uma pedagoga e uma nutricionista. Depois vem o quadro de funcionários com formação em ensino médio e que exercem a função de educador social. Essa equipe tem contato direto com os internos. São doze educadores distribuídos em quatro grupos de três, os quais, trabalham em plantão de doze horas. Tem a equipe dos funcionários de serviços gerais: duas cozinheiras uma para cada plantão. Duas arrumadeiras uma para cada plantão e três agentes de segurança patrimonial um para cumprir a jornada diária de 40 horas e os outros dois trabalhando no plantão noturno e uma lavadeira. Segundo Goffman(1987), "a instituição total começa a se caracterizar pela diferenciação no papel de seu quadro de funcionário".

Na unidade de acolhimento há uma padronização que tende a reduzir as diferenças comportamental. Ao observar o perfil dos internados veteranos e o dos recém-chegados é que se percebe o processo de "nivelamento" que se busca para moldá-los. Isto é, corrige-se os costumes, desde modo de andar maneira de falar, e assim, o torna cada vez mais distante do mundo lá fora e modelado com os padrões desejados. Tal mudança é o que Goffman chama de "mortificação". O sujeito passa a sofrer excessiva vigilância, o que provavelmente, não tinha em sua casa. Há uma "restrição de movimentos livres", vida comunitária suspensa, assim como, passa a se submeter por autoridade e controle de diferentes pessoas.

Toda entidade que funciona para "acolher pessoas", ainda que seja no intuito de proteção, atua como regime de internato, uma vez que, seus acolhidos ficam privados de liberdade. Essa instituição segundo BENELLI, (2015) "podem ser considerados uma instituição total." (Goffman,1987 apud Foucault,1991 b)

A casa de Acolhimento é uma instituição pública que surgiu para abrigar crianças e adolescentes que por motivos variados são tirados da guarda de seus familiares. Ali

as crianças tem os seus direitos, no que se refere a uma casa e ao que se acha necessário para o bom desenvolvimento tanto físico quanto psicológico, bastante limitado. De acordo com Goffman (1987):

> "Independentemente do fato de determinada instituição total agir como força boa ou má na sociedade civil, certamente terá força, e esta depende em parte da supressão de um círculo completo de

> lares reais ou potenciais. Inversamente, a formação de lares dá uma garantia estrutural de que as instituições totais não deixarão de enfrentar resistências. A incompatibilidade entre essas duas formas de organização social deve esclarecer algo a respeito das funções sociais mais ampla de ambas." p.22

A institucionalização de crianças promove o contato com um quadro de funcionários despreparados gerando outro tipo de violência o que promove à total "desmoralização" desses indivíduos, ora pois, de imediato, são privados de toda a sua liberdade e autonomia. Conforme Goffman, ibidem:

> "A instituição total é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal; aí reside seu especial interesse sociológico. (...)Em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas; cada uma é experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu." (p.22)
>
> A unidade de acolhimento transforma, modela pessoas tira de seu estado natural para formar "corpos dóceis" a serviço dos educadores e, futuramente, obedientes à famílias que os adotarem.
>
> Benelli (2015)apud Foucault diz:
>
> Podemos afirmar que dominação, aumento da alienação adaptação sociocultural e mistificação ideológica são funções das diversas instituições sociais na sociedade burguesa capitalista. As Ciências Humanas emergentes nos séculos XIX e XIX nasceram com esse mandato de gerenciamento das populações, para a manutenção do sistema (Foucault,1999b). (...)Na modernidade, o controle social estatal ganhou ares de cientificidade" (Foucault,1999b). (p.16-17)

Apesar de ser uma casa não há liberdade e nem o convívio com a comunidade. Na realidade, a função da institucionalização é alienar o indivíduo ainda em sua infância tornando-o um tipo de escravo da modernidade, ora pois, tudo lhe é controlado, desde seu tempo até as suas necessidades fisiológicas. Precisa pedir permissão para tudo; desde beber

água, ir ao banheiro. O banho é feito em coletivo e o seu corpo fica exposta aos demais impedindo assim de qualquer privacidade e ainda tirando lhe qualquer vergonha.

Ao chegar na instituição a criança sofre um "choque cultural". Os saberes vivido em sua casa e em sua comunidade são ignorados, desde brincadeiras, a repertório linguístico. Tais exigências e esforço de mudar o caráter do indivíduo na tentativa de padronizar "formando corpos dóceis e obedientes" pode se comparar com o processo de "aculturação", o qual, pode acarretar danos na vida do indivíduo. Isso se dará de maneira processual e certamente não será levado em conta pelos cuidadores, os quais, não terão tempo e nem interesse de observar tais mudanças.

Quanto a personalidade dos internados: relatórios são produzidos de forma "objetivante" e discriminatória", para informar o comportamento de cada um, excluindo assim, sua fala real, seu modo de pensar e agir subjetivos. Não é dado a eles o direito de falarem de si. Diz Benneli(2015):

> "Consideramos que é necessário analisar as diversas práticas institucionais (...), problematizando seus pressupostos subjacentes, procurando detectar como e até que ponto tais ações funcionam como filtros de transformação seletiva e deformante de qualquer proposta inovadora, ou seja, por traz de uma proposta de assistência pode esconder atos inconstitucionais e, também violência velada." Trata-se mesmo de promover uma revolução conceitual: dependendo de como vemos determinado objeto, partimos da consideração de sua suposta natureza essencial para a produção de saberes e técnicas para trabalhá-lo. Os meios e os fins seriam então decorrentes dessa natureza presumida do objeto. É por isso que acreditamos na importância de uma análise das práticas, daquilo que fazemos no contexto institucional. O fazer embute em si uma teoria, um objeto, saberes e técnicas: produz subjetividade, modos de existência, sujeitos universos de materialidade social. Tal processo pode se submeter ao sentido do processo hegemônico de produção de subjetividade, mas também pode orientar-se no sentido de produções singularizadas. (p.21)

Assim é a organização de uma Unidade de acolhimento: o objetivo é acolher e proteger por meio da "institucionalização" cujo trabalho é o de

cuidar. Para tal utiliza de uma estrutura residencial mantida pelo setor público em parceria com o aparelho jurídico-institucional com uma equipe multifuncional chamada de corpo técnico, o qual, não tem clareza quanto a teoria, apenas discursos ideológicos. As relações institucionais são organizadas dentro de uma hierarquia e o institucionalizado é o único que não tem voz dentro da casa. O corpo técnico é quem "dispõe" de poder e saber" para tomar decisões e tratar das relações de comunicação dentro e fora da instituição para resolver qualquer decisão tanto para os fins políticos quanto para os socioculturais. Segundo Benelli:

> As instituições "asilares" tem sua prática desenvolvida no que se pode chamar de "hipótese da sociedade disciplinar", uma vez que, o que se opera é a "ordem", ou seja é a disciplina do sujeito enquanto pessoa diante da necessidade de organização da sociedade, logo, há uma necessidade maior de organização dentro de uma "instituição total" (...)

A unidade de acolhimento pode ser definida como "instituição de internamento total" definida por Goffman,(1987) pois ela atende a todos os requisitos classificados por ele. Elas são: "estabelecimentos fechados por muros que delimitam o território e apresentam características distintivas": os indivíduos internados têm como parte de suas obrigações uma participação visível nos momentos adequados às atividades do estabelecimento.

Fora da instituição, a criança pode usufruir de vários lugares de sua morada e em diferentes horários para manter o cotidiano. Já dentro de um abrigo as atividades são realizadas "no mesmo local e sob uma autoridade". Além do mais, toda atividade praticada é realizada por um grupo de pessoas, as quais, são tratadas da mesma forma e "obrigadas" a fazer as mesmas coisas em equipes. Todas as atividades tem seu horário estabelecido e são impostas de cima por regras formais que serão cumpridas por um grupo de funcionários que as aplica a seus "educandos" no intuito de otimizar o tempo e, "economia de pessoal". Há uma constante vigilância e "pode se observar atos negativos" praticados por eles ainda que não sejam intencionais. Assim ocorre de cada educador traçar uma visão estereotipada de algum institucionalizado diante da observação de seu agir. Goffman ibidem; diz:

> "É característico dos internados que cheguem a instituição com uma "cultura aparente" derivada de um mundo da família, uma forma de vida e um conjunto de atividades aceitas sem discussão até o momento de admissão na instituição(...) qualquer que seja a estabilidade da organização pessoal do novato, era parte de um esquema, mais amplo, encaixado em seu ambiente civil-um conjunto de experiência que confirmava a concepção tolerável do eu e permitia um conjunto de formas de defesas, exercidas de acordo com sua vontade, para enfrentar conflitos, dúvidas e fracassos." (p. 23)

Há uma distância entre internados e equipe técnica. Não há diálogo entre eles. É como se fizessem parte de mundos diferentes. Sobre a duração de suas permanências no abrigo, os institucionalizados nunca sabem o que lhes acontecerá e se voltarão para a família ou não

A rotina no abrigo.

Pela manhã, são acordados aos gritos e são conduzidos como gado para o banho, o qual, é tão rápido que muitos acabam de tirar a espuma com a toalha, a qual, é passada de um pra outro, sendo que, terá sorte aquele que enxugar primeiro. Em seguida, a escovação de dentes e depois a fila para o café. Os que estudam pela manhã, são levados para a escola de carro, entretanto, se não tiver carro faltam a aula. Os demais são distribuídos em diversas atividades desde participação em grupos de convivência, karatê etc. E há aqueles que, por falta de atividade, permanecem na casa. São postos em filas sentados feito "quadros vivos" obrigados a assistir à TV. A merenda é servida as 9:30 e as 11:30 o almoço. O internado não pode escolher entre o que ele come ou não, um alimento ou outro. O lanche é servido as 3 da tarde e se o internado não come o que lhe é oferecido ele fica sem alimento até a próxima refeição. A janta é as sete horas e se por algum motivo o internado não jantar ele dorme com fome.

Não é permitido circular pela casa. Se todos forem pra área externa e um quiser ficar na sala não pode, assim como, se um desejar ir para o quarto não lhe é permitido, ou seja, só podem estar em grupo. Não tem permissão de estar no quintal ou qualquer outra área da casa sozinho. "Quando tem bom comportamento" são levados ao jardim.

Assim, ele começa a sofrer transformações em seu comportamento, o que Goffman chama de "carreira moral", que é a passagem gradual derivada das mudanças que ocorrem naquilo que ele conhecia de real em sua vida e na vida daqueles que fazem parte do seu círculo familiar.

(Goffman,1987)

> "O ingresso na instituição total implica mudanças radicais e o início de uma carreira moral" para o internado, ou seja, 'o novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico', e ao chegar na instituição é desprovido de qualquer apoio e atenção familiar pois na instituição há uma diminuição de sua pessoa, pois, enquanto que, lá fora ele era filho, sobrinho, neto, dentro da instituição é apenas mais um entre os demais. E assim o seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado". P.24

Na vida fora da instituição as tarefas diárias da criança não seguem uma rotina planejada e suas brincadeiras são voluntárias assim como sua saída para cada dependência da casa não precisa de permissão ou acompanhamento de grupo. Já nas instituições, essas atividades voluntárias impediria uma "ordem", a qual, deve ser mantida, principalmente por meio da vigilância. O internado vai se encontrar sempre separado do seu mundo real, no qual ele dispunha de "autonomia", tendo agora, sua subjetividade limitada.

Na instituição, inicialmente, se proíbem as visitas dos familiares, assim como, as saídas dos institucionalizados até para a escola, ocasionando assim, uma ruptura brusca. No momento em que o sujeito chega ali é traçado um relatório com sua "personalidade" e em momento algum ele é ouvido. Segundo Benelli(2015):

> "Por meio desses procedimentos, o novato é enquadrado e admite ser conformado e codificado num objeto que pode ser colocado na máquina administrativa só estabelecimento para ser modelado suavemente pelas operações de rotina. Com esse processo de padroni-

> zação, o indivíduo passa a ser tratado de um modo completamente abstrato, fazendo-se tábula rasa de todas as suas auto identificações anteriores." (p.29)

É apresentado uma vida que não conhecia, na qual lhe são oferecidos passeios a shopping, parques de diversões e cinemas, em ocasião especial . Ali são registrados os momentos por meio de fotografias, as quais nunca são vistas pelos institucionalizados, pois são guardadas na instituição e servem apenas para fazer propaganda oficial.

A vida dentro do abrigo pode ser entendida pelo que Benelli chama de "Circuito fechado. Em qualquer instituição que funciona em forma de internato o quadro de funcionários nunca será suficiente para atender as demandas principalmente se tratando de crianças. Isso implica um tratamento desumano, pois o internado fica refém da disponibilidade de tempo do funcionário para ter a sua solicitação atendida.

Na instituição toda dinâmica de dengo e birra é quebrada e qualquer ato de insatisfação pode ser usado em seu desfavor e interpretado como indisciplina. De acordo Goffman:

> "Na sociedade civil, quando o indivíduo precisa aceitar circunstâncias e ordens que ultrajem sua concepção do eu, tem certa margem de expressão de reação para salvar as aparências- mau humor, omissão dos sinais comum deferência, palavrões, resmungados, ou expressões fugidias de desprezo, ironia e sarcasmo. Portanto, a obediência tende a estar associada a uma atitude manifesta que não está sujeita ao mesmo grau de pressão para obediência. Embora essa resposta expressiva de autodefesa a exigências humilhantes ocorra nas instituições totais, a equipe diretora pode castigar diretamente os internados por essa atividade, e citar o mau humor e a insolência como bases para outros castigos." (p.40)

Os educadores sociais usam esse circuito fechado, pois são eles que têm o contato direto com os institucionalizado e inclusive dispõe de autoridade, autorização e autonomia para castigar as crianças. Tais castigos tornam mais favoráveis nos finais de semana quando estão todos sem atividade e qualquer gesto de brincadeira não autorizada pode ser "interpretada" como indisciplina. Ainda de acordo Goffman:

> "O processo de integração nas instituições totais cria outros casos de circuito. Na situação normal da sociedade civil, a segregação entre o papel e a audiência impede que as confissões e exigências implícitas quanto ao eu, feitas num ambiente físico de atividade, sejam verificadas na conduta em outros ambientes. Nas instituições totais, as esferas da vida são integradas de forma que a conduta do internado numa área de atividade é lançada contra ele, pela equipe dirigente, como comentário e verificação de sua conduta em outro contexto." (p. 41)

A própria estrutura e funcionamento da instituição promove a punição do seu interno. O seu comportamento pode ser alterado por provocações a sua pessoa no momento da recreação, da refeição ou no empurra-empurra no momento do banho. Na unidade de Acolhimento existem as regras impostas, assim como o autoritarismo dos educadores, o que faz com que os internos, principalmente os novatos, vivam com "angústia crônica", medo de desobedecer ás regras e cair na "disciplina", a qual, equivale a ficar em frente a parede na sala enquanto os outros assistem TV, ou privado do banho de sol, passeios externos e até mesmo isolado em um quarto, muitas vezes no escuro. Um pequeno "erro" ou ataque nervoso, um olhar diferente para um colega, qualquer gesto insignificante, pode ser tomado como mau comportamento e fazer com que ele seja castigado. Isso tudo comprova que, "as instituições totais" condenam e castigam as menores ações que, fora dela, na comunidade, teria a função de comprovar, ao "indivíduo", que ele dispõe de autonomia no seu meio que tem poder criativo, que possui "atitude" e liberdade de expressar-se.

A impossibilidade de se desenvolver sozinho e lidar com as situações que em casa ele poderia "se virar" pode provocar um sentimento de inutilidade na "criança". Qualquer expressividade demonstrada por ela, seja de preferência a um educador que a outro, de desenho animado na TV, filme, lugar à mesa, é uma demonstração de escolha. Entretanto, "essa prova de autonomia da pessoa é enfraquecida por algumas obrigações específica", a exemplo de assistir o desenho que lhe é imposto, ouvir a música que lhe colocam, comer o alimento que lhe dão. Assim, eles nem podem exprimir mal humor pois podem ser retirados do refeitório e levado para a "disciplina".

Toda essa impossibilidade de escolha causa o que Goffman chama de "mortificação do eu". No abrigo tudo é compartilhado: roupas, sapatos, toalhas de banho, roupas de cama, pentes e roupas intimas. Quanto a alimentação, torna-se forçado comer o que é oferecido. A justificativa para tal imposição é a racionalização tanto de recursos financeiros quanto de pessoal. Há alguns que traçam a autodefesa diante de certas situações. Rejeitam a alimentação tentam quebrar a ordem para realizar certas atividades, insistem em demorar um pouco mais no banho. Entretanto tais "resistências" não são toleradas pelos educadores, que acabam por castigá-los.

Cada ato, cada passo são vigiados por um educador e, até mesmo, pelos próprios colegas. A mais completa dominação do sujeito é a obrigação que ele tem de pedir permissão para ir ao banheiro, assim como deve pedir para tomar água.

Há o horário de dormir e de acordar, os quais, a depender do plantonista, são anunciados aos gritos. Por exemplo, entre as 20:00 ou 20:30 o educador ordena que se recolham e ao apagar as luzes todos permanecem em silêncio até adormecerem. As seis horas, seja domingo ou feriado, eles são obrigados a acordar no mesmo ritmo.

A recusa a qualquer ordem pode ser tomada como indisciplina e o educador pode denunciar no relatório, o qual, acaba sendo usado contra a criança na retirada de vantagens", as quais são "os passeios, as saída para o pátio para brincar etc. Qualquer educador-cuidador tem o direito de impor "disciplina" sobre os internos inclusive a pedagoga, a qual, prescreve junto com a equipe técnica os castigos e os cortes de "vantagens". Mesmo diante do discurso de que "é proibido os castigos físico" a pratica de agressão física em crianças acontece. Elas não tem a quem queixar. Isso continua ainda mais na certeza da impunidade, pois os institucionalizados não costumam queixar os maus tratos sofridos, até mesmo porque, ninguém dá crédito a sua fala, e, se escuta acaba sendo conivente com a situação.

O institucionalizado acaba aceitando tudo pois colocam em sua mente que tudo o que lhe acontece é porque ele é merecedor de tal tratamento. Existem as regras da casa, ou seja, um conjunto de normas e acordos formais, proibições, para orientar os funcionários quanto ao tratamento rotineiro com os internos. Esse processo quebra todo os costumes que o internado praticava em seu mundo lá fora, pois agora, ele é obrigado a acatar as regras. Trata de um sistema, no qual o indivíduo acaba tendo

que se adaptar. Segundo Goffman, apud Benelli são três os elementos básicos desse sistema:

> "O primeiro é o conjunto relativamente explícito e formal de 'prescrições e proibições', que normatiza a conduta do internado. Essas regras costumam especificar com detalhes a rotina diária e austera da vida do internado. Em segundo lugar, contrastando com esse ambiente rígido, apresenta-se um pequeno número de 'prêmios' ou 'privilégios' claramente definidos, obtidos em troca de obediência, em ação e espírito, à equipe dirigente. Perversamente, muitas dessas satisfações potenciais, elevadas arbitrariamente a privilégios na vida cotidiana e corrente do indivíduo, aceitas como indiscutíveis (...) tomar um café, descansar, trocar a tv de canal, e ao quintal são decisões voluntárias e espontâneas em seu mundo exterior."p.38

Uma saída da casa mesmo que seja para ir a uma praça é um prêmio que todos valorizam. O indivíduo começa a "traçar estratégias de adaptação" para sobreviver em um mundo estranho ao seu. Ele precisa se acostumar aos "processos de admissão, mortificação e ao sistema de privilégios" e com isso é traçada a sua "carreira moral". Goffman, define o termo "carreira moral' em sentindo "ambivalente" segundo ele"

> Um lado está ligado a assuntos íntimos e preciosos, tais como, por exemplo, a imagem do eu e a segurança sentida: o outro lado se liga a oposição oficial, relações jurídicas e um estilo de vida, e é parte de um complexo institucional acessível ao público. Portanto o conceito de carreira permite que andemos do público para o íntimo, e vice-versa, entre o eu e a sua sociedade significativa, sem precisar depender manifestamente de dados a respeito do que a pessoa diz que imagina ser utiliza o termo "carreira moral" em um sentido amplo, com a finalidade de indicar qualquer trajetória percorrida por uma pessoa ao longo de sua vida(...) A "carreira moral" indica o processo da vida toda do individuo, tanto em direção ao sucesso quanto ao fracasso, dentro do estabelecimento. Esse processo tem momentos típicos, tais como início da vida institucional, crises, evoluções, desenvolvimentos de adaptação, de rebeldia, de submissão, de ruptura etc. Goffman,(p111.)

O autor diz: "*quase sempre, muitas instituições totais parecem funcionar apenas como depósito de internados*". A casa de acolhimento não é diferente. Entretanto, o que essa instituição transmite para a sociedade é a identidade de um abrigo como organização educativa e acolhedora, planejada como um órgão eficiente para cuidar, proteger e promover a reintegração familiar.

O material de trabalho dos funcionários da casa de acolhimento é o "elemento humano". A função dos educadores é acompanhar, cuidar, vigiar e controlar, por meio de "disciplinas" os internos, podendo reduzi-los a "marionetes" e quando algum mostra resistência inicia-se uma série de estigma a seu desfavor.

(Goffman: 1987) diz:

> "Cada perspectiva institucional contém uma moralidade pessoal, e em cada instituição total podemos ver, em miniatura, o desenvolvimento de algo próximo de uma versão funcionalista da vida moral. A tradução do comportamento do internado para termos moralistas, adequados à perspectiva adequada da instituição, necessariamente conterá algumas pressuposições quanto ao caráter dos seres humanos. Dados os internos que têm a seu cargo, e o processamento que a eles deve ser imposto, a equipe dirigente tende a criar o que se poderia considerar uma teoria da natureza humana. Como uma parte implícita da perspectiva institucional, essa teoria racionaliza a atividade, dá meios sutis para manter a distância social com relação aos internados e uma interpretação estereotipada deles, bem como também para justificar o tratamento que lhes é imposto. Geralmente, a teoria abrange as possibilidades 'boas' e 'más' de conduta do internado, as formas apresentadas pela indisciplina, o valor institucional de privilégios e castigos, bem como a diferença "essencial" entre a equipe dirigente e os internados." (p 79-80)

A moral reinante é que a casa é o lugar que acolhe, abriga e proporciona ao institucionalizado, "tudo" aquilo que ele não tem em sua família. Assim, passa uma perspectiva de segurança e tranquilidade, uma espécie de paraíso irrefutável. Entretanto, o que está por trás de tal cenário poucos podem perceber. Existe um juízo de valor presente dentro da instituição e, assim que a criança chega, vão traçando o perfil da família, ainda que não

a conheça, a classifica como: negligente dada ao vício e ao ócio. Quanto a criança, essa é estigmatizada o tempo todo, e é colocado em relatório diário apenas o que há de mau a seu respeito. Com isso, o institucionalizado vai recebendo tratamento diferenciado pelos educadores e quando algum funcionário novato chega para trabalhar, também a ele, é passado a fixa negativa da criança, sem ao menos deixar o outro conhecer a essência do "infeliz".

É estabelecido um dia na semana para receber a visita dos pais ou responsável pelo institucionalizado. No momento de visita esses pais estão tão fragilizados e abatidos moral e psicologicamente que não enxergam além do que lhes é apresentado. Acreditam que seus filhos estão em um bom lugar.

São poucos os casos de resistência. Poucos meninos "fogem". Apesar do choro no início, logo, acabam se adaptando.

Para esse processo adaptativo Goffman explica que:

> "Uma parte importante da teoria da natureza humana em muitas instituições totais é a crença de que se, por ocasião do internamento, o novo internado for obrigado a mostrar uma extrema deferência diante da administração, será depois controlável-que, ao submeter-se a essas exigências iniciais, sua 'resistência' ou seu 'espírito' são de alguma forma quebrados. Evidentemente, se os internados aceitarem a mesma teoria da natureza humana, as interpretações da equipe dirigente serão confirmadas." (Goffman, p. 81)

A teoria desenvolvida na unidade é que: a criança ali pode chorar esbravejar, porém, ninguém deve dar atenção e logo ela se acostuma. Essa teoria se comprova. No decorrer dos dias ninguém chama pela família e muito menos faz comentários de sua vida antes da chegada para o abrigo.

A visão que os funcionários traçam das crianças que chegam da periferia é a de que, são seres de extrema pobreza e que tem propensão ao sexo pré-maturo devido ao convívio em ambientes de bebedeira. A falha em uma "instituição total" é generalizar a personalidade do indivíduo. Quando a criança participa das atividades propostas sem questionar ou negar a fazer, logo, é classificado de bonzinho, obediente e educado. Entretanto,

se alguma criança resiste em participar de qualquer atividade, logo ele é levado para a "disciplina" por ser desobediente e muitas vezes é suspeito de ter problema mental.

Os "cerimoniais institucionais".

Na casa de acolhimento realiza várias festividades. Algumas são "abertas" à alguns familiares do institucionalizado e pessoas que fazem parte das relações pública-jurídica." A comemoração do dia das mães acontece em dia útil pois, não seria possível fazê-la no domingo, uma vez que, faz necessário a presença da equipe técnica. Entretanto, esse evento pode causar mais tristeza do que alegria, uma vez que, existem internados que estão privadas, por motivos diversos, de receberem visita da mãe, só que, mesmo assim, participam de tal homenagem, o que causa um clima triste.

A festa de São João também escolhe uma data em dia útil. Tira as roupas típicas, todas amassadas, as quais, ficam guardadas o ano inteiro, assim como os chapéus de palha e, as crianças, quer queiram, quer não, são vestidas como umas marionetes e vão apreciar os poucos pratos típicos que lhe são impostos.

Na festa natalina a equipe técnica escolhe uma data mais conveniente menos o dia de natal, e um almoço é oferecido às crianças junto aos pais, sendo em sua maioria mulheres. As frutas enfeitam a mesa dando assim a impressão de que os filhos estão bem cuidados e bem alimentados. Mal sabem elas que na noite de natal não existe ceia e o alimento é o pior possível.

Transmite-se a impressão de que não há diferença social e que todos são iguais e convivem em harmonia. O juiz da vara da infância, assim como, representantes do municipal são convidados, e, as vezes, eles participam, ainda que, de forma breve. A ornamentação e a confraternização transmitem um clima de igualdade, logo, os visitantes criam a impressão de que não se trata de um sistema enclausurado com laços burocráticos, mas sim, uma instituição com vida feliz e segura longe de violência e conflito. Ao fazerem as refeições juntos passa se um modelo familiar, entre institucionalizados e equipe de funcionários, que fazem crer serem iguais, quebrando assim, a ideia de segregação social.

A parte da casa que é exibida é a sala aberta e a brinquedoteca acentuando assim a ideia de ludicidade obscurecendo a realidade diária. O vivido é diferente do apresentado aos visitantes. Por exemplo existem castigos sigilosos, ou não, com frequência e previsto nas normas da casa, ou não, aplicados sob o conhecimento, ou não, dos dirigentes e muitas vezes de forma excessiva e omissa. Esses castigos são frequentes e acentua nos finais de semana que está sem aula.

Outras ocasiões são comemoradas a exemplo da festa de páscoa em que, por meio de doações, ovos de páscoa são distribuídos. O dia da criança é comemorado de maneira especial. Nessa ocasião é que se busca, por meio de ofício, cortesia para ir ao cinema, clube, fazer piquenique e através de parceria com faculdades a casa recebe doação de roupas e brinquedos. Já os aniversários são comemorados uma vez por mês e de forma coletiva, porém, não é permitido a participação da família.

Essas festividades traz uma ilusão de ótica, principalmente para os estudantes de direito e psicologia que dali, certamente, "parafraseiam" as suas carreiras com o discurso de que uma Unidade de Acolhimento é um lar que acolhe e faz bem para a criança. Para os familiares, o que eles presenciam ajuda a diminuir a sensação de perder seus filhos, pois almejam que estejam bem alimentados bem cuidados e frequentando uma escola.

Considerações finais

Ao adentrar no mundo de uma Unidade de Acolhimento tudo o que se estuda sobre educação, direitos humanos e cidadania é posto em xeque. Se a criança é vista como sujeito de direito e precisa ser livre para se desenvolver, como é aceitável que nos dias atuais ainda se permite que crianças e adolescentes sejam institucionalizados ultrapassando o período permitido por lei, e muitas vezes, o indivíduo cresce e atinge a maior idade sem uma família?

O abrigo opera em regime prisional desprovido de contato com a comunidade e alheio às evoluções tecnológicas e qualquer meio de informação, tira o direito ao convívio familiar e da comunidade. Admitir a institucionalização em abrigos por um longo período é aceitar um modo perverso de limpar da sociedade aqueles que não estão de acordo os paradigmas desejáveis a uma sociedade capitalista. A institucionalização pro-

move o discurso de abrigar e cuidar, entretanto, não passa de uma prisão moderna, disfarçada de lar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENELLI, Silvio José. **A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educa-tivas** / . São Paulo: Editora Unesp Digital, 2015.

BRASIL.Lei no 8.069,13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

FOUCAULT,Michel. **Vigiar E Punir: Nascimento da prisão;** Tradução de Raquel Ramalhete,41 ed. Petrópolis,RJ: Editora Vozes, 2003.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Tradução de Dante Moreira

Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 1987.

A PUNIBILIDADE NOS SACRIFÍCIOS DE ANIMAIS EM RITUAIS RELIGIOSOS: ANÁLISE DE OPINIÃO POPULAR

Loane Paola S. De O. Andrade
Sátina Priscila Marcondes Pimenta

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar se há punibilidade nos sacrifícios de animais em rituais religiosos e em que medida a proteção da vida silvestre pode ser imposta como um limite para a prática de cultos religiosos nos quais os sacrifícios de animais ocorrem. E reconhecer que a liberdade de religião deveria proteger o direito do cidadão de determinar sua crença religiosa, e que esta estará garantida e protegida por lei. Portanto neste projeto de pesquisa explanamos sobre a constitucionalidade dos sacrifícios de animais nos meios religiosos, um tema muito delicado e atual, em que abordaremos sobre as sanções que podem ser atribuídas neste caso.

Deste modo versa-se sobre liberdade religiosa que está posta na nossa Constituição Federal, e que assegura os direitos e as garantias fundamentais a liberdade de crença e culto, individuais e coletivos, conforme aduz o artigo 5º, incisos VI, VII e VII, da Carta Magna.

Ademais, faz-se uma breve introdução à laicidade do Estado, onde defende-se a liberdade religiosa e expõe seu princípio básico, que é a imparcialidade em assuntos religiosos, não apoiando ou discriminando nenhuma religião.

Logo após são mencionados os conflitos entre os princípios constitucionais onde pode-se fazer uma análise importante quanto às práticas

existentes nas religiões afro-brasileiras concernentes ao sacrifício de animais praticados em suas liturgias.

Trata-se também sobre a Lei de Crimes Ambientais e a Lei de Contravenções Penais que visam a proteção da morte cruel do animal, e constataremos que ela não pode ser aplicada aos sacrifícios de animais nos rituais dos cultos afro-brasileiros, pois o sacerdote não tem o dolo especifico dos tipos penais descritos.

Será abordado acerca da constitucionalidade da lei estadual 11.915/03, em que se refere ao acréscimo do parágrafo único ao art. 2º, em que aduz sobre o livre exercicio dos cultos e liturgias de matriz africanas.

Há um conflito jurídico em nossa Constituição Federal, e diante de tudo que será exposto, procura-se compreender qual é o Direito Fundamental que deverá prevalecer, o direito ao sacrifício de animais em cultos e crenças ou o direito assegurado a fauna e a vida dos animais.

Foram utilizadas metodologias de pesquisa, sendo elas: qualitativa por meio de questionário de pesquisa de opinião online; análise documental sobre o tema proposto; além da apreciação dos diplomas legais como a Constituição Federal, a Lei de crimes Ambientais, o Código Penal e Código de Processo Penal, entre outras leis específicas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITO DE RELIGIÃO

O termo "religião" originou-se da palavra latina *religio*, cujo principal sentido indicava um conjunto de regras, observâncias, advertências e interdições, sem fazer referência a divindades, rituais, mitos ou quaisquer outros tipos de manifestação que, contemporaneamente, entendemos como religiosas.

O conceito de religião é um pouco complicado de se expressar pois o que é religião pra uma pessoa, pode ser distinto para outra pessoa. Costuma-se pensar que a definição de religião pode estar ligada com a crença em Deus, nos espíritos, nos seres sobrenaturais, ou na vida após a morte. E por mais que seja difícil definir o conceito do que é religião, pode-se conceituá-la como sendo:

> (...) uma fé, uma devoção a tudo que é considerado sagrado. É um culto que aproxima o homem das entidades a quem são atribuídos poderes sobrenaturais. É uma crença em que as pessoas buscam a satisfação nas práticas religiosas ou na fé, para superar o sofrimento e alcançar a felicidade (SIGNIFICADOS, 2019) .

Em se tratando da origem da religião, ela é muito incerta, visto que é tão antiga quanto a história do próprio homem. Mesmo entre as civilizações mais "primitivas", há evidências de algum tipo de adoração. Desde os romanos, gregos, egípcios e africanos.

As civilizações antigas eram politeístas, ou seja, acreditavam em vários deuses, e esses deuses geralmente eram representados pelos variados acontecimentos do dia a dia. Por exemplo, existia o deus do sol, o deus da chuva, o deus do fogo, o deus da água, o deus da guerra, e por aí vai.

De fato, *The New Encyclopedia Britannica* diz que "até onde os peritos conseguiram descobrir, jamais existiu um povo, em qualquer parte, em qualquer tempo, que não fosse de algum modo religioso" (2019).

Consequentemente muitas dessas religiões antigas já praticavam rituais de sacrifícios de animais para seus deuses. Demonstra a história que desde a Grécia antiga se tem relatos que rituais de sacrifícios com animais que perduram até hoje; portanto conceituava-se que o

Sacrifício animal é a matança ritualizada de um animal e a distribuição de suas partes entre os seres-humanos e seres sobre-humanos imaginados, é um dos rituais religiosos mais difundidos da história humana. A prática básica, com variações locais, aparecem em uma variedade de culturas humanas ao longo da história; considerando apenas a religião antiga do Mediterrâneo, a prática de sacrifício animal existe pelo menos desde a Revolução neolítica (cerca de 8 000 a.C.) (ULLUCCI, 2012, p?)

Hoje a prática dos sacrifícios está ligada geralmente as religiões de matriz africana como o candomblé, o xangô pernambucano, o batuque gaúcho ou a santería cubana, dão grande importância para o sacrifício de animais. O pesquisador Rodrigo Pereira acredita que "Ao se sacrificar um animal, não está se matando uma vida, mas sim fazendo essa energia que anima orixás e homens ser redistribuída" (SCARAZZATO, 2019, p?).

Visto que este assunto é extremamente delicado e cheio de por grande parte da população, iremos ver mais adiante que após um debate sobre a

legalização dos sacrifícios religiosos nos rituais de matrizes africanas a prática foi definida como constitucional – portanto, permitida – no dia 28 de março de 2019, pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 FRENTE A LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição Federal DE 1988 assegura entre os direitos e as garantias fundamentais a liberdade de crença e culto, individuais e coletivos, conforme aduz o artigo 5º, incisos VI, VII e VII, do referido diploma legal.

Diante da análise desse artigo o legislador procurou assegurar a laicidade do Estado, defendendo a liberdade religiosa a todos os seus cidadãos. O Estado laico tem como princípio básico a imparcialidade em assuntos religiosos, não apoiando ou discriminando nenhuma religião.

Podemos analisar a liberdade de crença em que se retrata:

> A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. JELLINEK, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais (CANOTILHO, 1993, P. 125).

Aduz o jurista "A liberdade de crença, de religião ou liberdade religiosa "*strictu sensu*" se refere apenas ao direito de crer, de se escolher uma religião ou de se mudar de religião ou crença; não compreende a liberdade de não se ter religião ou crença" (SORIANO, 2002, P. 256) .

Em relação à liberdade de culto, podemos observar que:

> (...) a religião não é apenas um sentimento sagrado puro. Isto não é realizado na simples contemplação do ser sagrado, não é uma sim-

> ples adoração a Deus. Pelo contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica fundamental é exteriorizada na prática de rituais, no culto, com suas cerimônias, manifestações, encontros, fidelidade a costumes, tradições, da maneira indicada pela religião escolhida (SILVA, 2002).

Ao corroborar os princípios constitucionais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal de 88, o legislador atribuiu ao artigo 19º do mesmo diploma legal a proibição do Estado de interferir na religião, conforme descritos nos seus incisos I, II e III.

Como a Constituição Federal classificou como cláusulas pétreas, ou seja, tornou imutáveis quanto a condição de liberdades de crença e culto, fica demonstrado tamanho grau de importância tendo em vista que somente o advento de uma nova Constituição poderá modificar tal condição de liberdade.

Não há expressamente definido na Constituição Federal a garantia de liberdade aos cultos afro-brasileiros. Subentende-se que no artigo 215º do referido diploma legal que estejam assegurados esses direitos, ao tratar que o Estado irá garantir e proteger a cultura nacional, sendo elas indígenas e afro-brasileira, e de todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O legislador garantiu as formas de cultura em seu artigo 216º da Carta Magna, onde menciona o que são os patrimônios culturais e suas formas de expressão e faz referência aos documentos tombados e sítios históricos dos antigos quilombos.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 242º, § 1º, prescreve: "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro".

É notória que as religiões afro-brasileiras e toda sua história fazem parte do patrimônio cultural brasileiro. Ademais, nota-se que o legislador foi omisso ao elaborar a constituinte de 1988, não resguardando em expresso quais as crenças que podem ser consideradas religiões. Devido a esta lacuna, se instaura até os dias atuais diversos conflitos na seara jurídica procurando especificar esse entendimento acerca das religiões afro-brasileiras.

2.3. CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1998 teceu a dualidade de parâmetros que tornaram questionáveis os direitos fundamentais pertinentes a liberdade de crença e cultos, em contradição com o a proteção do meio ambiente, fauna e à integridade dos animais. Tal, análise se faz importante para evidenciar quanto às práticas existentes nas religiões afro-brasileiras concernentes ao sacrifício de animais praticados em suas liturgias (LIMA, 2015) .

A Constituição da República garante a liberdade religiosa como direito e garantia fundamental, positivando o princípio em seu artigo 5º, VI. O texto constitucional também protege a manifestação da cultura afro-brasileira, indígena e popular no artigo 215º, §1º, do mesmo diploma legal.

Por outro lado, a Carta Magna protege a fauna e a flora vedando às práticas que submetam os animais a crueldade conforme aduz o artigo 225º, §1, VII.

De outro modo, encontra-se na legislação a Lei 9.605/98, que em seu artigo 32º prevê sanções para a prática de abuso contra qualquer animal, com pena de detenção de três meses a um ano, e multa[62].

Em contrapartida, o Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, Lei de Contravenções Penais, traz em seu artigo 64º, referente à crueldade aos animais[63]. Este artigo demonstra a preocupação que o legislador teve em relação à adoção de uma postura ética mínima na realização de

---

62 Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. BRASIL. Lei n. 9.605/98, de 12 de fev. de 1998. **Lei dos crimes ambientais**, 1998.

63 Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.
§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.
§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.688, 3 de out. 1941.Lei das contravenções penais**, 1941.

experiências com animais. Este dispositivo tornou vedante o uso dos animais vivos, mesmo que para fins didáticos ou científicos.

Entretanto, a Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) e a Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1941) visam proteger a morte cruel do animal, e não pode ser aplicada aos sacrifícios de animais nos rituais dos cultos afro-brasileiros, uma vez que, o sacerdote quando realiza a imolação não tem o dolo especifico dos tipos penais descritos, ou seja, sem submeter os animais a maus tratos quando matá-los.

Estando diante de um caso de colisão de princípios e ponderando os valores colidentes, procura-se saber qual dos princípios deverá preponderar. Diante desta lacuna e através de uma análise na legislação infraconstitucional a única norma que procurou esclarecer esse conflito foi a Lei Estadual do Estado do Rio Grande do Sul nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais. Esta referida lei abordou a matéria pertinente ao sacrifício de animais nos cultos e liturgias de matriz africana, através do acréscimo da Lei 12.131/2004.

O Código de Proteção aos Animais do Estado do Rio Grande do Sul, preconizou em seu art. 1º as normas para a proteção dos animais do Estado do Rio Grande do Sul[64], no tempo em que o art. 2º estipulou as vedações da referida Lei.

Devido a aprovação desta lei, o Procurador-Geral de Justiça do RS, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ADI: 70010129690/RS essa ação tratou a matéria sobre o sacrifício de animais em rituais e cultos e liturgias das religiões de matriz africana. Em resposta ao pedido entendeu o Tribunal por não tornar a referida lei inconstitucional.

Com o advento da rejeição do pedido de inconstitucionalidade, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ingressou com um Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal no dia 29/09/2006, RE: 494601, tendo como Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio de Mello. Este Recurso Extraordinário ainda tramitava no STF em processo físico desde o ano de 2006, porém no último dia 28/03/2019 os Ministros do STF decidiram em decisão unânime e com repercussão geral, que

64 Art. 1º - Institui o "Código Estadual de Proteção aos Animais" estabelecendo normas para a proteção dos animais no Estado do Rio Grande do Sul, visando a compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental.

deverá ser seguida por todo o território nacional, que os sacrifícios de animais em cultos religiosos são constitucionais.

Proibir o sacrifício de animais nas religiões afro-brasileiras é violar a liberdade de religião, de acordo com o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que "a oferenda dos alimentos, inclusive com a sacralização dos animais, faz parte indispensável da ritualística das religiões de matriz africanas", como aduz Alexandre Moraes Alexandre (2019).

2.4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.915/03

O Rio Grande do Sul criou um Código Estadual de Proteção aos animais, Lei nº 11.915 de 21 de maio de 2003. Conforme descrito no art. 1º da citada lei, o intuito da lei estadual é "compatibilizar o desenvolvimento sócio econômico com a preservação ambiental".

Porém em 23 de julho de 2004 foi publicada, no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 12.131/04 em que se acrescenta ao parágrafo único o art. 2º, relatando que não se enquadra nesta vedação o livre exercicio dos cultos e liturgias de matriz africanas.

Na mesma data, foi publicado o Decreto nº 43.252, ao argumento de garantir o pleno exercício das liberdades religiosas, a Lei nº 12.131/04 pretende autorizar, no Estado do Rio Grande do Sul, o sacrifício de animais em rituais religiosos. O Decreto nº 43.252, a seu turno, regulamentando a lei, fixa diretrizes para a realização dos sacrifícios rituais.

Entretanto este tema gerou uma repercussão geral, por se tratar de um assunto muito delicado e abrangente ao mesmo tempo. E em contapartida o Procurador Geral de Justiça o senhor Miguel Juchem, entrou com uma ADI, expondo que esta alteração seria inconstitucional.

Assim sendo o **DES. ARAKEN DE ASSIS FOI O RELATOR DA ADI Nº** 70010129690, em que aduz ser inconstitucional a Lei nº 12.131/04

> Segundo alega, a Lei Estadual 12.131/04 é inconstitucional formal e materialmente. Sustenta, no plano formal, que direito penal é matéria de competência legislativa privativa da União. Aduz que, mesmo que não se entenda tratar-se de matéria penal, mas tão-somente de proteção à fauna, o Estado, no exercício da sua ativida-

> de normativa supletiva, não poderia desrespeitar as normas gerais editadas pela União. No plano material, sustenta a ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 70010129690. Relator Des. Araken de Assi, DJe 16/04/2019) .

Depois da ação ser julgada improcedente por maioria de votos vencidos, o Ministério Público do Rio Grande do Sul na pessoa do Procurador-Geral do estado do Rio Grande do Sul, entrou com um Recurso Extraordinário nº 494601.

O Recurso Extraordinário foi julgado dia 28 de abril de 2019, e teve como relator o Exmo. Ministro Marco Aurélio. A ação proposta pelo Procurador-Geral do estado do Rio Grande do Sul deu-se tempestiva e com todos pressupostos gerais de recorribilidade atendidos.

Desta forma deu-se o voto do relator Senhor Ministro Marco Aurélio, que obsta ressaltar que a questão debatida é de grande relevância e de extrema delicadeza.

Como dita o relator, "está em jogo definir se lei estadual pode autorizar o sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana, tendo em vista o disposto na Constituição Federal, em especial nos artigos 5º, cabeça, 19, inciso I, e 22, inciso I" (BRASIL, 1988) .

Continuando o voto o relator faz referência a adição feita pelo Ministério Público, que aponta a inconstitucionalidade da lei em dois aspectos.

> O primeiro concerne à regulamentação de temática criminal, a revelar suposta usurpação de competência exclusiva da União e violação do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. O segundo diz respeito à legislação sobre Direito Ambiental, de competência concorrente da União e dos Estados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 494601-RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe 16/04/2019.)

Avançando com o voto, o Ministro aduz que o argumento de inconstitucionalidade não deve prosperar visto que a matéria não está no âmbito penal e a:

> Lei estadual nº 12.131/2004, ao modificar a de nº 11.915/2003, previu situação de exclusão de responsabilidade considerado o

> abate de animas em cultos religiosos, poderia ficar configurada a criação de excludente de ilicitude se a essência da norma alterada fosse penal, mas não é.
>
> Para haver legislação de caráter penal, faz-se necessária a definição de fatos puníveis e as sanções em caso de cometimento. O Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul estabelece regras de proteção à fauna, definindo conceitos e afastando a prática de determinadas condutas. Inexiste descrição de infrações e – mais relevante – de penas a serem impostas. A natureza do diploma, por não encerrar um tipo, não é penal, mostrando-se impróprio falar em usurpação de competência da União (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 494601-RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe 16/04/2019)

Neste contexto a união foi omissa e não legislou sobre a imolação de animais. E nesta omissão deu ao Estado liberdade para assentar regras versando a matéria, e assim editando normas gerais sobre o meio ambiente, observado o § 3º do artigo 24 da Constituição Federal.

Acerca do âmbito material, as normas fundamentais contidas na Constituição Federal alcançam relevante concepção de liberdade de expressão e o exercício da liberdade religiosa. O ministro ainda aduz que, "Está em jogo definir a viabilidade constitucional de ato a autorizar o sacrifício de animais apenas em ritos religiosos de matriz africana".

Desta forma cumpre ao Supremo harmonizar os valores constitucionais das atividades religiosas. E como está posto no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".

O Ministro finaliza seu posicionamento mostrando que é necessário harmonizar a proteção da fauna com o fato do homem ser um ser carnívoro. E evidencia-se que seria:

> (...) desproporcional impedir todo e qualquer sacrifício religioso de animais, aniquilando o exercício do direito à liberdade de crença de determinados grupos, quando diariamente a população consome carnes de várias espécies. Existem situações nas quais o abate

> surge constitucionalmente admissível, como no estado de necessidade – para a autodefesa – ou para fins de alimentação.
>
> O sacrifício de animais é aceitável se, afastados os maus-tratos no abate, a carne for direcionada ao consumo humano.
>
> Com isso, mantém-se o nível de proteção conferido aos animais pela Constituição Federal sem a integral supressão do exercício da liberdade religiosa. Dou parcial provimento ao recurso extraordinário, conferindo à Lei nº 11.915/2003 do Estado do Rio Grande do Sul interpretação conforme à Constituição Federal, para assentar a constitucionalidade do sacrifício de animais em ritos religiosos de qualquer natureza, vedada a prática de maus-tratos no ritual e condicionado o abate ao consumo da carne (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 494601-RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe 16/04/2019).

E depois do voto do relator e dos votos dos outros ministros do Supremo Tribunal Federal, se deu por unanimidade de votos, o entendimento de que a lei do Rio Grande do Sul que permite o sacrifício de animais em ritos religiosos é constitucional.

> O presidente do STF, ministro Dias Toffoli, registrou que todos os votos foram proferidos no sentido de admitir o sacrifício de animais nos ritos religiosos e observou que as divergências dizem respeito ao ponto de vista técnico-formal, relacionado à interpretação conforme a Constituição da lei questionada. O Plenário negou provimento ao RE, vencidos parcialmente o ministro Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que admitiam a constitucionalidade da lei dando interpretação conforme (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 494601-RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe 16/04/2019.)

E a tese produzida pelo Supremo é a seguinte: "É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana" (BRASIL, 2019.

3. METODOLOGIA DE PESQUISA

3.1 Métodos e resultados

O objetivo da presente pesquisa é o de levantar dados sobre a opinião popular acerca da punibilidade dos sacrifícios de animais em rituais religiosos.

Para isso está sendo realizada uma pesquisa de caráter exploratório e de base quantitativa onde através de questionário estruturado de perguntas fechadas. Não há a limitação do sujeito de pesquisa sendo o questionário direcionado a todas as pessoas.

O questionário foi formulado no aplicativo Google Forms, onde a partir do link criado foi disparado em redes sociais, aplicativos de mensagens eletrônicas como WhatsApp e ainda por e-mail. Onde o acesso ao questionário se dá através do link: https://goo.gl/forms/QEH7XQY-g6INPSBFr1.

Até o fim desta pesquisa possuímos 182 respostas do referido questionário. De pessoas de idades variadas, gêneros diversos e de várias orientações religiosas, cujos resultados estarão em anexo. De qualquer forma algumas questões e suas respostas tornam-se de importante analise.

- 86,8% dos entrevistados tem conhecimento que algumas religiões, praticam o sacrifício de animais em seus rituais religiosos.

Destas 59,9% acham que as pessoas que sacrificam animais, em rituais religiosos, deveriam ser punidas.

- 63,9% dos correspondentes concordam que tal prática deveria ser proibida.

Com isso podemos constatar que as pessoas que se submeteram a pesquisa acreditam que, os indivíduos que praticam o ato do sacrifício em animais devem ter punições. Mesmo estado diante de uma resolução de constitucionalidade, as pessoas abordadas ainda acham que os praticantes de tal pratica devem obter sanções.

Obsta ressaltar que esta pesquisa foi realizada do dia 04 do mês de abril até o dia 12 de abril de 2019, já tendo sido feita a realização do julgamento do Recurso Extraordinário do STF, que visava sobre a constitucionalidade dos sacrifícios de animais em rituais religiosos. Como desta-

cou-se o recurso foi julgado procedente e com repercussão geral a todos os tribunais do território brasileiro.

3.1.2 Análise de dados

Nesta pesquisa, fora utilizada um questionário online, e sendo todas as informações validas. A distribuição do questionário se deu totalmente por meio online, cujo questionário estará em anexo.

ANÁLISE DO QUESTIONARIO	
VARIAVEL	PORCENTAGEM
GENERO	
Feminino	69,8%
Masculino	29,7%
Prefiro não responder	0,5%
IDADE	
Mínima/Máxima 73 anos	16 à 73
QUAL A SUA RELIGIÃO?	
Católico	26,9%
Evangélico	25,8%
Candomblecista	10,4%
Umbandista	5,5%
Muçulmano	0,2%
Judeu	0,5%
Espirita	8,2%
Outra	10,4%
Prefiro não responder	12,1%
ONDE MORA?	
Região sul do brasil	3%
Região sudeste do brasil	83,8%

Região norte do brasil	1,2%
Região nordeste do brasil	1,2%
Região centro oeste do brasil	3,6%
Fora do brasil	1,2%
Prefere não responder	6%
VOCÊ TEM CONHECIMENTO QUE ALGUMAS RELIGIÕES, PRATICAM O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS EM SEUS RITUAIS RELIGIOSOS?	
Sim	87,4%
Não	12,1%
Prefiro não responder	0,5%
PARA VOCÊ, AS PESSOAS QUE SACRIFICAM ANIMAIS FORA DO MEIO RELIGIOSO DEVERIAM SER PENALIZADAS? (EXCETO AQUELAS QUE A REALIZAM EM SITUAÇÕES DE DOENÇA DO ANIMAL)	
Sim	81,3%
Não	16,5%
Prefiro não responder	2,2%
PARA VOCÊ, AS PESSOAS QUE SACRIFICAM ANIMAIS, EM RITUAIS RELIGIOSOS, DEVERIAM SER PUNIDAS?	
Sim	58,8%
Não	39,6%
Prefiro não responder	1,6%
PARA VOCÊ, TAL PRÁTICA DEVERIA SER PROIBIDA?	
Sim	64,8%
Não	32,4%
Prefiro não responder	2,7%

Os resultados mostram amostras de respostas bem diversificadas e com boa integralidade social, onde a maioria dos correspondentes é do gênero feminino (69,8%), havendo uma disposição bem ampla em relação as regiões em que estão localizadas o público do questionário, entretanto a maioria é da região sudeste do brasil (83,8%).

Podemos evidenciar também que, mais da metade (58,8%) do público acha que os sacrifícios a animais no âmbito religioso devem ser punidos. E destes a maioria (64,8%) também evidencia o desejo de que essa pratica deve ser proibida.

4. CONCLUSÃO

Esta pesquisa, procurou fornecer as considerações necessárias para a interpretação constitucional adequada da liberdade de religião (no sentido de liberdade de crença e culto) na análise de pesquisa de dados, por meio de questionário online, em conformidade com o tema dos sacrifícios de animais.

Para proporcionar uma melhor compreensão, este trabalho visou esclarecer o que é viável, contrapondo a liberdade religiosa que constitui direito fundamental inserido no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e o direito assegurado aos animais disposto no Capítulo sobre o Meio Ambiente.

Por outro lado, encontra-se na legislação a Lei 9.605/98, que em seu art. 32 prevê sanções para a prática de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Este artigo demonstra a preocupação que o legislador teve em relação à adoção de uma postura ética mínima na realização de experiências com animais. Este dispositivo tornou vedante o uso dos animais vivos, mesmo que para fins didáticos ou científicos. No mesmo sentido, o Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, Lei de Contravenções Penais, traz em seu art. 64, referente ao tratamento dado aos animais, com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.

No momento em que o RE 494601 foi promulgado, no dia 28/03/2019, e teve sua decisão unânime e com repercussão geral, em que aduz acerca dos sacrifícios de animais em cultos religiosos são constitucionais e visam proteger a morte cruel do animal, uma vez que, o sacerdote

quando realiza a imolação não tem o dolo especifico dos tipos penais descritos, ou seja, não submete os animais a maus tratos quando praticam a imolação.

O ritual religioso envolvendo animais é um ato de sacrifício que não deve comprometer e/ou violar os direitos fundamentais abarcados na Constituição Federal de 88. O objetivo que se pretendeu com o presente estudo é o de clarificar a possibilidade de coexistência entre os dois preceitos, possibilitando a manutenção das crenças afro-brasileiras e as práticas de rituais que necessitam do sacrifício de animais.

Desta forma, mesmo se tratando de dois direitos fundamentais, a hierarquia jurídica constitucional deve prevalecer tornando o direito fundamental à liberdade religiosa e de expressão eficaz, consentido o sacrifício de animais em rituais de cultos afro-brasileiros legais e amparados em nosso ordenamento pátrio.

Enfim, a liberdade de crença, implica as práticas dos rituais inerentes à religião, é um direito fundamental do ser humano assegurado pela Constituição Federal de 1988. Nem por isso este direito é absoluto, sendo limitado o seu exercício quando em conflito com outros bens jurídicos protegidos, como no caso de não maltratar ou agir com crueldade perante a vida dos animais.

Na aplicação do questionário online os resultados mostraram amostras de respostas bem diversificadas e com boa integralidade social, onde a maioria dos correspondentes é do gênero feminino (69,8%), havendo uma disposição bem ampla em relação as regiões em que estão localizadas o público do questionário, contudo a maioria é da região sudeste do brasil (83,8%).

Podemos evidenciar também que, mais da metade (58,8%) do público acha que os sacrifícios a animais no âmbito religioso devem ser punidos. E destes a maioria (64,8%) também evidencia o desejo de que essa pratica deve ser proibida.

Ademais, deve-se considerar que os direitos aos cultos religiosos são de extrema importância para os participantes desses cultos, visto que a religião de uma pessoa é a sua expressão pessoal do que é divino e do que é necessário para sua fé. Longe das amarras do preconceito e livre dos julgamentos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, p. 115-126, jan.-dez. 2008, p. 117

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2019

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 31 de março de 2019

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 31 de março de 2019

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 31 de março de 2019

BRASIL. Decreto-Lei no 43.252, de 22 de julho de 2004 (Código Estadual de Proteção aos Animais) Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47826&hTexto=&Hid_IDNorma=47826. Acesso em 31 de março de 2019

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.688, 3 de out. 1941.Lei das contravenções penais**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 31 de mar. 2019.

BRASIL. RE 494601, de. Constitucionalidade da lei de proteção animal que, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana. Brasília, DF, DJe 16/04/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159> Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 11,915, de 21 de maio. de 2003. **Código Estadual de proteção dos Animais**, Rio Grande do Sul, RS, maio, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6º ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

DANIEL C. Ullucci (1 de janeiro de 2012). *The Christian Rejection of Animal Sacrifice*. [S.l.]: Oxford University Press. p. 15. ISBN 978-0-19-979172-9.

DocsGoogle,https://docs.google.com/forms/d/1iPs6l_rc_1_SxoXO0IqW-GRaCTxCbn1sxNZLdHd0NxSs/edit (última visita 14/05/2019).

JUNIOR, Nilson Nunes da Silva, Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7101 RELIGIÃO — como começou? O Homem em Busca de Deus, **BIBLIOTECA ON-LINE da Torre de Vigia, 2019.** Disponível em: <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/1101990034>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

SCARAZZATO, Beatriz, **jusbrasil**, 2019, Disponível em: <https://beatrizscarazzato.jusbrasil.com.br/artigos/693494220/o-exercicio-da-liberdade-religiosa-e-o-sacrificio-de-animais>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

SIGNIFICADO de Religião, Significados, 2018. Disponível em: <https://www.significados.com.br/religiao/>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. Revista e atualizada (até a Emenda Constitucional nº. 53). São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2007.

SILVA, da Jorge. Guia de luta contra a intolerância religiosa e o racismo, Rio de Janeiro, CEAPA – 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 21 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248 - grifo do original.

SURGIMENTO da Religião, Cultura Mix, 2016. Disponível em: <http://religiao.culturamix.com/curiosidades/surgimento-da-religiao/>. Acesso em: 10de jun. de 2019.

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

SORIANO, Aldir Guedes. Direitos Humanos e Liberdade Religiosa. Brasil, Luz, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 70010129690. Relator Des. Araken de Assis. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70010129690&num_processo=70010129690&id_comarca2=700&uf_oab=--&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=-F&N1_var2_2=1> Acesso em maio de 2019.

DIREITOS HUMANOS, SENSO COMUM E HUMANIDADE: DIREITOS HUMANOS APENAS PARA BANDIDOS?

Thiago Pereira da Silva
Maurício Zanotelli

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são uma conquista para todos os indivíduos do globo terrestre, direitos que lhe são assegurados apenas por ser do gênero humano, sem distinção de qualquer natureza, essa conquista começou a dar seus primeiros passos no momento histórico em que a sociedade tinha anseio por liberdade, libertação do poder absoluto do Estado, na qual o indivíduo não passava da condição de súdito. Assim foram adquiridos os direitos chamados de direitos de primeira dimensão, que são direitos de caráter negativo, que limitam o alcance do poder do Estado, e assim os súditos passaram a ser considerados sujeitos detentores de direitos.

Posteriormente foram conquistados os direitos de segunda dimensão, baseado na igualdade dos indivíduos e de caráter positivo ao Estado, impondo a ele a obrigação de disponibilizar meios para a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais ao indivíduo. Os direitos de terceira dimensão vieram com o fim da Segunda Guerra Mundial e têm um caráter que ultrapassa a concepção de direitos do indivíduo, sendo eles direitos coletivos e difusos.

Outro marco importante para a história e evolução dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1948, servindo como diretrizes a serem adotadas pelos Estados-Membros na elaboração e concretização de direitos fundamentais no âmbito nacional.

Sendo os direitos humanos equivalentes aos direitos e garantias fundamentais positivados nos artigos 5° a 17 de nossa Constituição Federal de 1988, que tem como objetivo garantir ao indivíduo o mínimo possível para se viver em sociedade, de onde vem essa ideia que os direitos humanos só servem para defender bandido? Por que essa concepção está enraizada em nossa sociedade?

Por conseguinte, utilizando-se do método indutivo, a pesquisa objetiva compreender como essa concepção inoportuna de Direitos Humanos surgiu e se faz influente com o passar do tempo até os dias de hoje – para, com efeito, lançar hipóteses de soluções conclusivas sobre a temática. Para isso, apresenta-se três capítulos: no primeiro, o que são direitos humanos, um resgate histórico-conceitual; no segundo, direitos humanos no Brasil, a trajetória social e jurídica no Brasil da recepção da matriz filosófico-política dos direitos humanos; no terceiro, direitos humanos só servem pra defender bandido?, a problemática é enfrentada diante da contextura do senso comum brasileiro e suas influências e consequências à efetividade de direitos humanos.

2. O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Antes de tudo, deve-se entender que quando se aborda sobre direitos humanos trata-se de direitos históricos, pois as suas lutas e conquistas foram pautadas em diferentes temas no decorrer do tempo, portanto o nascimento de determinado direito dependeu do contexto histórico e o anseio por conquista de novas liberdades da época.

Partindo desse entendimento sobre direitos humanos, afirma-se: "[...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO apud GELMAN, 2007, p. 33). Considerar direitos humanos com base na historicidade refuta qualquer intenção de se funda-

mentá-los na natureza humana, pois a natureza humana não foi suficiente para se evitar as mais variadas violações de direitos humanos que houve no decorrer da história da humanidade (GELMAN, 2007, p. 33-34).

Nesse aspecto, as primeiras conquistas de direitos humanos foram estabelecidas juntamente com as revoluções burguesas no final do século XVIII, limitando o poder absoluto do ente estatal, onde se adquiriram direitos conhecidos e classificados como direitos de liberdade (direitos civis e políticos), surgindo também a ideia de governo democrático (GELMAN, 2007, p. 36).

Os direitos de liberdade são classificados como direitos de primeira geração ou primeira dimensão. Dessa forma, é válido lembrar que os direitos humanos são classificados em três principais gerações/dimensões e essas classificações se dão com o intuito de se compreender melhor a conquista dos direitos humanos e em qual contexto histórico se deu tal conquista. Os direitos de segunda geração/dimensão são direitos de igualdade tendo caráter econômico, social e cultural. Por fim, os direitos de terceira geração/dimensão que são direitos de fraternidade ou solidariedade, de caráter difuso e coletivo.

Paulo Bonavides confirma a classificação da primeira geração dos direitos humanos ao tratá-los da seguinte forma: "Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, [...] a saber, os direitos civis e políticos" (BONAVIDES, 2017, p. 577). Gelman utiliza do mesmo padrão ao diferenciar direitos de primeira e segunda geração: "Essa diferenciação das categorias dos direitos humanos entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais é comumente mencionada como direitos de primeira e de segunda geração" (GELMAN, 2007 p. 37). Ademais, observa-se a terceira dimensão:

> [...] Essa nova etapa é chamada de direitos de solidariedade ou de fraternidade. Os direitos de solidariedade contemplam o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente sadio e o direito ao patrimônio comum da humanidade. Esses direitos têm titularidade coletiva e o sujeito passivo é, no mais das vezes, o Estado. (NETO, 2014, p. 74)

Pode-se dizer que direitos humanos são direitos conquistados ao longo dos anos que visam garantir o mínimo ao indivíduo para se viver em

sociedade, de forma justa e em paz, sem os quais a sociedade se tornaria uma selva, onde os seres humanos viveriam em guerra uns com os outros, sendo então, uma ferramenta de promoção da paz social (BEDIN; TOSI, 2018, p. 297).

Portanto, a civilização como é conhecida hoje não existiria sem as conquistas dos direitos humanos, pois assim, ao indivíduo, foi reconhecida a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, devidamente positivada no Art. 1º, inciso III. Tão importante é a dignidade da pessoa humana para o indivíduo que assim define-se:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62)

Além da dignidade da pessoa humana, direitos humanos tratam de um amplo rol de direitos, como direitos civis, sociais, econômicos e políticos, assegurado a todos pelo simples fato de ser do gênero humano e dessa forma assevera-se:

> [...] Em primeiro lugar temos os direitos civis (direito de ir e vir, direito à vida, à liberdade de expressão, a um julgamento justo); em segundo lugar os direitos políticos (direito de votar e ser votado); em terceiro lugar temos os direitos econômicos e sociais (direito à educação, ao trabalho, à previdência social). Além disso, podemos também falar dos direitos na sociedade internacional. O certo é que essas várias gerações formam uma grande corrente de proteção de todos, sem distinção de raça, sexo, tendências políticas, ideológicas ou religiosas. (BEDIN; TOSI, 2018, p. 297)

Sendo esses direitos frutos de uma série de guerras, revoluções, lutas e conflitos travados ao longo da história com a finalidade de se fazer valer tais direitos (BEDIN; TOSI, 2018, p. 300). E é válido esclarecer que os direitos humanos são direitos considerados universais, tendo um caráter internacional ou supranacional e suas normas terão, de fato, eficácia e aplicabilidade se forem recepcionadas e positivadas na legislação do Estado. Com esse mesmo entendimento, Sarlet, Marinoni e Mitidieiro conceituam e diferenciam direitos fundamentais e direitos humanos:

> De acordo com o critério aqui adotado, o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal. (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2012, p. 249)

Essa distinção também é adotada pela Carta Magna brasileira de 1988:

> Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em "direitos humanos". E, quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de "direitos fundamentais", tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". (MARMELSTEIN, 2013, p. 24)

Conseguinte, ficou a cargo da Constituição Federal recepcionar os direitos humanos (direitos de âmbito internacional) e positivá-los como direitos e garantias fundamentais (direitos de âmbito nacional), onde o legislador constituinte originário reservou o Título II inteiro (do art. 5º

ao 17) para isso. Apesar de um rol extenso de direitos fundamentais, estes não se limitam a apenas aos constantes no Título II da Constituição Federal, isso porque o seu §2º do art. 5º[65] deixa em aberto a possibilidade de expansão conforme regime e princípios da própria Constituição e tratados internacionais em que a Federação Nacional fizer parte. Tudo objetivando garantir ao indivíduo a maior efetivação de direitos humanos e visando acompanhar a sua evolução e expansão com passar do tempo. Seguindo o mesmo entendimento: "[...] os direitos fundamentais não se esgotam naqueles reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão" (PARDO apud MARMELSTEIN, 2013, p. 21).

Ao se tratar de direitos humanos ou direitos fundamentais é necessário se ter em mente que não são direitos estáticos ou imutáveis, pois esses direitos irão sempre acompanhar a mudança e a evolução da sociedade, assim como a evolução humana.

3. OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Hoje a Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, é detentora de um extensivo rol de direitos humanos positivados em seu corpo. No entanto, é um equivoco pensar que somente esta tratou do assunto, pois suas antecessoras, dada as proporções e o contexto histórico do momento, tradicionalmente trataram do assunto, como afirma Neto:

> O conteúdo e a organização dos direitos fundamentais enunciados variaram em cada uma das constituições brasileiras, que certamente sofreram a influência do momento histórico de sua elaboração, tanto no aspecto político, quanto no jurídico (tendências constitucionais, sobretudo estrangeiras). (NETO, 2014, p. 91)

65 "Art. 5º [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"

Bonavides disciplina que:

> Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. (BONAVIDES, 2017, p. 376)

Destarte a sensação de que direitos humanos apenas se fizeram valer com a promulgação da Constituição de 1988 se dá devido à comparação ao que foi vivido na época de regime militar, com inúmeras violações de direitos. Contudo, por mais que a Declaração Universal dos Direitos Humanos seja de 1948, a concepção de defesa e garantia de direitos humanos e direitos fundamentais ganharam forças no plano global em meados da década de 70, e no Brasil não foi diferente, com o regime militar chegando ao fim e o regime democrático de direito ganhando cada vez mais forças, iniciou-se de fato, o discurso de direitos humanos no país (GELMAN, 2007, p. 39).

Nesse contexto explana-se:

> Apenas a partir do processo de democratização é que o tema dos direitos humanos passa a ser considerado importante para o Governo brasileiro na área externa. Assim, é a partir desse momento que pelo menos oito tratados sobre o tema são ratificados. Essas ratificações inserem o Brasil no direito internacional dos direitos humanos, tanto no de âmbito global (com a ratificação de tratados da ONU) quanto no de âmbito regional interamericano (com a ratificação de tratados da OEA[66]). (GELMAN, 2007, p. 71)

Entretanto, somente a mudança de regime estatal não consolidou a garantia de direitos humanos no país, na verdade apenas evidenciou o quão ruim fora o antigo regime à garantia desses direitos. Mas o fato de ter promulgado essa Carta Magna fora considerado um grande avanço, pois deixou claro que, com o texto dado ao Título II, que trata dos Direitos e

66 OEA – Organização dos Estados Americanos

Garantias Fundamentais, o país dava um largo passo em combate às arbitrariedades do Estado, a exemplo das cometidas durante o antigo regime. A respeito disso destaca-se: "Em clara e indiscutível resposta aos 'anos de chumbo', o ordenamento jurídico brasileiro, definitivamente, aderiu ao protagonismo dos direitos humanos como escudo face às arbitrariedades estatais" (NETO, 2014, p. 95). No mesmo sentido acentua-se: "A promulgação da Constituição Federal de 1988 é, dessa forma, uma das instituições legais que se alinha à tentativa oficial de apagar a imagem então contraproducente do autoritarismo" (GELMAN, 2007, p. 81).

Outro fator essencial para se possibilitar a consolidação e garantia de direitos humanos é que o Brasil se tornou, com a Constituição de 1988, Estado Democrático de Direito, e a respeito da importância da democracia para com os direitos humanos assevera-se:

> A democracia, nesse ponto, se apresenta como vinculada aos direitos humanos. A vinculação ocorre no momento em que a democracia é o regime político necessário para que se instale a condição de possibilidade de garantia dos direitos humanos no país. A democratização no Brasil corresponde não a uma garantia, mas, sim, a uma condição de possibilidade para o respeito aos direitos humanos. (GELMAN, 2007, p. 44)

Gelman também não deixou de mencionar que: "[...] a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração e Programa da Conferência Mundial de Direitos de Viena de 1993, escolheram a democracia como meio legítimo para a garantia dos direitos fundamentais" (GELMAN, 2007, p. 43).

Não há como discordar da importância do Estado Democrático de Direito em relação aos direitos humanos, sobretudo no Brasil onde a Constituição Federal deixa explícito o perfil social adotado como podemos perceber logo no preâmbulo da mesma:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade frater-

> na, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 2019, p. 41)

Por conseguinte comenta-se sobre o perfil social da Constituição: "Sem dúvida, a Constituição vigente, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, pauta-se por diretrizes sociais, para muito além da preservação de interesses econômicos e particulares, que devem solidarizar-se" (NETO, 2014, p. 97). Não de forma diferente Bonavides também expõe: "A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social" (BONAVIDES, 2017, p. 379).

Mas apesar da Constituição ter todo esse conteúdo positivado de forma garantista (no que tange à direitos e garantias fundamentais), apenas a letra da lei não faz com que tudo isso se concretize, devendo haver também políticas públicas voltadas a elaboração e execução de ações com a finalidade de garantia de direitos humanos. Dessa forma, explicita-se:

> No que se refere à prestação estatal, a questão orçamentária é protagonista da ponderação que ronda a aplicação dos direitos fundamentais sociais, sobretudo porque a sua viabilização em sentido amplo demanda a execução de políticas públicas, as quais, por sua vez, dependem de recursos financeiros disponíveis para tanto. (NETO, 2014, p. 187-188)

Por proposta da ONU em 1993 nascem os Programas Nacionais de Direitos Humanos, caracterizados como marcos jurídicos na estrutura interna com base nos princípios do plano internacional, com finalidade de recomendar aos Estados a inserção nas políticas públicas o planejamento e orçamento necessários para se efetivarem a garantia desses direitos (GELMAN, 2007, p. 83). Dessa maneira a Federação Nacional promulgou o primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos em 1996 e em 2002 promulgou o II Programa Nacional de Direitos Humanos, no entanto, levantamento feito pelo Instituto de Estudos Sócio-Econômicos (INESC) apontou que no ano de 2005 menos 10% do recurso previsto para as po-

líticas públicas de direitos humanos foi executado (GELMAN, 2007, p. 85-87).

Outro levantamento feito e divulgado pelo site do INESC no ano de 2017 aponta que nos últimos três anos houve queda de até 83% no investimento em políticas públicas na área social, sendo o direito da juventude a área mais afetada com 83% de queda no ano de 2014 (MARTINS, 2017). Portanto, está claro que as políticas públicas implantadas através dos Programas Nacionais de Direitos Humanos não estão sendo executadas conforme o planejamento e o orçamento previamente destinados a estas ações. Neste contexto expõe-se:

> Conclui-se, portanto, que, no âmbito interno, a ação do Governo aponta para uma tendência de diminuição de verbas destinadas à implementação de políticas públicas na área social, além do corte crescente dos programas na área de direitos humanos e da baixa execução orçamentária. (GELMAN, 2007, p. 89)

Explana-se ainda:

> As instâncias governamentais continuam avessas à garantia dos direitos humanos e fazem o possível para que as políticas públicas destinadas a garantir esses direitos sejam meramente retóricas, nulas no campo orçamentário, inexistentes em termos de resultados e ineficientes sob qualquer ponto de vista que não seja o meramente propagandístico, exigido para um bom desempenho nas eleições. (GELMAN, 2007, p. 92)

Por mais que se tenha uma Constituição garantista, com um rol extensivo de direitos fundamentais elencados, abertura constitucional para a recepção de novos e futuros direitos humanos do âmbito internacional, Programa Nacional de Direitos Humanos promulgado desde a década de 90, políticas públicas para a implantação, planejamento e orçamento destinados para tais garantias de direitos, o Brasil peca no momento da execução, de por em prática as ações planejadas, e conforme visto, os governantes não aplicam esforço algum para modificar esse panorama, até porque se utilizam deste cenário como meio de promoção pessoal ou partidário.

4. DIREITOS HUMANOS REALMENTE SERVEM SÓ PARA DEFENDER BANDIDO?

Direitos humanos são normas de âmbito internacional, diretrizes sem força coercitiva da lei que, quando recepcionado pela legislação estatal, passa a vigorar como direitos e garantias fundamentais que impõem limites em alguns aspectos e em outros aspectos determina prestações ao Estado, visando à garantia mínima para a sobrevivência digna do indivíduo. Estão englobados no rol de direitos fundamentais: direito a vida, a saúde, a educação, a liberdade religiosa, a cidadania, a propriedade, ao trabalho remunerado, ao tratamento digno, dentre outros. Portanto, onde e quando surgiu essa concepção de que os direitos humanos são para defender ou privilegiar bandido?

Com base em entrevista realizada e publicada por Teresa Caldeira no início da década de 90, já se pode observar que os entrevistados se posicionavam contra os direitos humanos:

> Nas entrevistas que estou realizando com moradores de todas as camadas sociais de São Paulo, apesar de a maioria enfatizar a necessidade de respeito a vários direitos sociais, são bem poucos aqueles que não declaram ser "contra os direitos humanos". Na verdade, são contra o que eles consideram ser "regalias para bandidos", mas na prática e no discurso acabam reagindo contra a idéia de direitos humanos de um modo geral. (CALDEIRA, 1991, p. 164)

Na verdade, os entrevistados se posicionavam contra o que, na concepção deles, eram privilégios e regalias para bandidos e intitularam, de maneira equivocada, como direitos humanos. E a fim de comprovar que até nos dias de hoje se tem esse entendimento contestável, Bedin e Tosi demonstram indignação ao citarem falas populares referentes aos direitos humanos:

> [...] é absurdo afirmar que "os Direitos Humanos são somente direitos burgueses", "os Direitos Humanos só defendem bandidos", que "os Direitos Humanos só valem para os humanos direitos", que "bandido bom é bandido morto", que "os Direitos Humanos só defendem quem não presta". Quantos equívocos! (BEDIN; TOSI, 2018, p. 300)

Mostrando que, em pleno século XXI, a população em geral tem um entendimento totalmente distorcido quando se trata de direitos humanos. Confirmando isso Bedin e Tosi ainda afirmam:

> [...] No Brasil, no entanto, há uma campanha permanente de difamação, descrédito e desinformação contra os Direitos Humanos, a ponto que em uma recente pesquisa do Instituto Ipsos sobre a percepção dos Direitos Humanos em 28 países do mundo, o Brasil está no topo da lista: é o pais onde mais de 60% da população acredita que os Direitos Humanos defendem pessoas e grupos sociais que não merecem ser protegidos. (BEDIN; TOSI, 2018, p. 300)

Com a finalidade de entender como essa distorção de significado ganhou boa parcela da população brasileira se deve voltar na década de 80, quando o discurso de direitos humanos começou a ser discutido e difundido no país. Assim, Caldeira expõe o que pode ter sido o primeiro motivo dessa associação de direitos humanos a criminoso ou prisioneiro:

> A partir de meados dos anos 70, e sobretudo durante os anos 80, a noção de direitos foi substancialmente alargada no Brasil. A expansão iniciou-se pela ênfase dada aos direitos políticos e, junto com eles — dado que a situação incluía a tortura e a prisão política —, aos direitos humanos. [...] A defesa desses direitos associou-se à campanha de oposição que levou ao fim do regime militar, à anistia política, ao fim da censura, ao fim da tortura a presos políticos e à sua subseqüente libertação. (CALDEIRA, 1991, p. 162-163)

Como se vê, a reivindicação de direitos humanos nesse caso se aplicou ao fim da tortura e liberdade dos presos políticos, o que teve uma grande aceitação e apoio dos movimentos sociais da época que lutavam por direitos humanos e nenhuma rejeição por parte da população em geral, até porque, prisioneiros políticos eram pessoas das classes sociais elevadas e o crime cometido foi discordar ou se opor ao governo da época, portanto se tratavam de reivindicações de direitos políticos de interesse de toda a Nação (CALDEIRA, 1991, p. 165-166). Quando os movimentos sociais tentaram da mesma forma reivindicar direitos ao preso comum, já havia

uma campanha contra "direitos humanos" angariando adeptos, dessa forma Caldeira relaciona os principais responsáveis por essa campanha:

> Os principais articuladores contra os direitos humanos foram representantes da polícia (que se tentava reformar naquele momento), políticos de direita, como o cel. Erasmo Dias, e alguns órgãos dos meios de comunicação de massa, sobretudo os programas radiofônicos especializados em notícias policiais. (CALDEIRA, 1991, p. 165)

Ponto importante a se notar é que, a própria polícia, força de coação do Estado, se posicionava contra as garantias de direitos, pois vinham de um antigo regime acostumado a transgredir direitos e não tinha intenção nenhuma em se moldar à luz das novas normas protecionistas. Dessa forma a campanha contra os direitos humanos acabaram associando a palavra direitos humanos a criminosos, e toda vez que se falava em garantia de direitos humanos se associava a prisioneiros. Prova sucinta do sucesso da campanha (CALDEIRA, 1991, p. 166).

Observa-se que o tratamento digno é direito de todos apenas pelo fato de ser do gênero humano, desse modo a luta para se garantir esse direito ao prisioneiro parte dessa premissa, e em nenhum momento se fala em privilegiar ou beneficiar o indivíduo por ter cometido um crime, apenas conter o Estado em relação ao uso abusivo de sua força de coerção. Obedecendo ao exposto no Artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", a qual o Brasil é signatário, bem como o Art. 5º, III da Constituição Federal de 1988: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

Não obstante, isso não bastou, como de fato eram criminosos eram mal vistos pela sociedade, sendo assim considerados indivíduos de cidadania restrita e não teriam que reivindicar direitos. Outro fato importante é que na defesa de direitos ao preso político, defendia-se direito político, portanto coletivo, no caso do preso comum se fala em direito individual, tutelando a integridade física do prisioneiro. E por ser um direito individual associaram ao privilégio (CALDEIRA, 1991, p. 168).

E foi em cima dessa associação de direitos individuais a privilégios para bandido que a campanha contra direitos humanos fez seu nome. E,

uma vez associada, todo e qualquer discurso de direitos humanos acabaram por ser repugnado pela sociedade que só conseguia enxergar um discurso de "proteção ao bandido". Cadeira ajuda a entender como atuavam os discursos contra direitos humanos: "[...] Nos discursos contra os direitos humanos os suspeitos são sempre criminosos, e os criminosos são sempre assassinos ou estupradores (ambos menos que humanos), destruindo a honra e a propriedade de honestos trabalhadores e homens de bem" (CALDEIRA, 1991, p. 169). Outro método utilizado pela campanha contra os direitos humanos era que, garantir direitos aos presos sobrevalece em detrimento aos direitos sociais da população em geral. Dessa forma, ao invés de se preocuparem nas garantias de direitos que iriam beneficiar aos cidadãos de bem, direitos humanos estavam preocupados em garantir direitos aos que roubam, matam e estupram (CALDEIRA, 1991, p. 170).

E por mais que a luta e reivindicação de direitos humanos tenha sido voltada contra a arbitrariedade do Estado, não só de prisioneiros ou criminosos, mas de qualquer pessoa que venha a se sentir coagido pela entidade estatal, até porque, como afirmam Bedin e Tosi: "Os Direitos Humanos protegem todos os cidadãos brasileiros nos seus direitos básicos e fundamentais. Por isso, eles são universais, são para todos ou para ninguém, sem exceções" (BEDIN; TOSI, 2018, p. 300). Portanto, são direitos essenciais aos quais beneficiam a todos. Ainda assim, associação aos prisioneiros e criminosos prevaleceu quase que de forma unânime, dessa forma explica-se: "[...] Embora os direitos que se defendiam não fossem só para criminosos, mas para qualquer pessoa frente ao arbítrio, foi a imagem do criminoso que se marcou e que foi associada com exclusividade aos direitos humanos" (CALDEIRA, 1991, p. 171).

A população foi induzida, incentivada pela campanha contra os direitos humanos, a exigir tratamento mais duro do Estado, defendendo o uso da força exagerada por parte das polícias contra prisioneiros e criminosos, exigindo até pena de morte com fundamento em argumentos que se estaria apenas respondendo com violência à brutalidade já causada pelos mesmos (CALDEIRA, 1991, p. 172). Sendo esses argumentos totalmente contra as normas ditadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, nossa Constituição Federal e até o Código Penal brasileiro, onde este último comina a pena determinada como justa pelo legislador penal a qualquer crime que venha ser cometido no território nacional e

em nenhum momento determina tratamento degradante, desumano ou até pena de morte aos criminosos comuns.

Nota-se que aos usar o cunho de garantias de direitos humanos em defesa de algum direito violado do criminoso ou prisioneiro, de maneira nenhuma estão intervindo no sentido relaxar a prisão determinada pela justiça ou contra a pena de restrição de liberdade a qual foi imposta ao indivíduo, estão apenas exigindo o direito às garantias mínimas positivadas nas normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais determinam um tratamento digno, sem exposição a perigo de sua integridade física e mental ou qualquer tipo de tratamento degradante ou desumano. A própria Constituição Federal prega o dever de respeito ético- jurídico (MARMELSTEIN, 2013, p. 73). Por conseguinte assevera-se sobre o dever de respeito:

> O respeito ao próximo – independentemente de quem seja o próximo – é uma clara obrigação constitucional, de modo que o Estado tem o dever de tratar todas as pessoas como dotadas com o mesmo *status* moral e político e com a mesma consideração. Não há mais cidadãos de segunda categoria, nem seres privilegiados que se consideram superiores, em dignidade, em relação aos demais seres humanos. Aliás, essa ideia ficou ainda mais clara com o mapeamento do genoma humano, que comprovou, cientificamente, que não existem distinções substanciais entre os homens, de modo que todos são, em essência química e biológica, iguais. (MARMELSTEIN, 2013, p. 74)

Com efeito, ressalta-se quão inoportuna fora a campanha contra direitos humanos ao pregar que prisioneiros e criminosos não teriam direitos a reivindicar, lembrando que o fato de cometer crime ou cumprir pena não restringe a cidadania ou qualquer outro direito atribuído ao indivíduo pelo simples fato de ser do gênero humano. Compreendendo que, as únicas restrições de direito que devem sofrer são aquelas determinadas pela lei penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos são direitos históricos e acompanham a evolução da sociedade e a suas relações para com ela mesma, entre o indivíduo e

relacionado ao Estado. Na época que se enquadrava apenas como súdito, o indivíduo tinha apenas deveres perante o Estado, ao passo que a liberdade civil e política foram conquistadas, chegando aos dias de hoje onde são reconhecidos uma infinidade de direitos, a exemplo, os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, dentre outros.

À evidência, direitos humanos são direitos universais, abrangendo todos de forma igualitária e sem distinção alguma. Portanto, ao se invocar direitos humanos a alguma causa, estarão sendo invocado em nome de todo o gênero humano. Dessa forma, ao levar essa discussão ao título deste artigo se percebe o quão inoportuno é a afirmação "direitos humanos são só para proteger bandido", "direitos humanos só servem para quem não presta", dentre outras afirmações do gênero.

Destarte, hoje em dia ainda perduram os efeitos, ou melhor, ainda está ativa a campanha contra direitos humanos iniciada na década de oitenta. Prova disso é o resultado da pesquisa do Instituto IPSO na qual revela que mais de sessenta por cento dos brasileiros acreditam que direitos humanos defendem pessoas ou grupos sociais que não deveriam ser defendidos. E o panorama para mudança não é dos mais favoráveis, visto que o planejamento e orçamento destinados às políticas públicas de direitos humanos são minimamente executados.

Entretanto, o primeiro passo para se superar essa realidade acontecerá com o direcionamento de parte do planejamento, orçamento e posteriormente a efetiva execução das políticas públicas de defesa de direitos humanos para a realização de fóruns, palestras e debates sobre o assunto na rede pública de ensino, moldando de forma substancial a percepção e o entendimento dos jovens sobre o tema, bem como a importância de direitos humanos para a sociedade brasileira e mundial. Uma vez que, apenas com investimento adequado em educação se tira o povo da ignorância em direitos humanos, e assim terão discernimento para compreender que, quando se fala em direitos humanos, como a própria designação menciona, são Direitos a serem efetivados – mas que dependem dos humanos para sua construção.

A partir da constatação de que a maioria dos cidadãos que são contra os direitos humanos ou que se identificam com a versão de que direitos humanos só defendem bandidos – resta-se constatável outrossim que esta maioria não possui conhecimento da real dimensão dos direitos humanos,

sua efetividade e educação. Logo, ao mesmo momento em que direitos humanos não se auto aplica – depende-se dos humanos. Humanos preparados para lutarem pela efetivação dos direitos ao gênero humano. E, a mais curiosa conclusão: grande parte de quem é contra direitos humanos, usufrui deles, direta ou indiretamente - então, àqueles são bandidos?

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos Humanos ou "Privilégios de Bandidos"? desventuras da democratização brasileira. **Novos Estudos CEBRAP**, 1991, Nº 30, p. 162-174.

BEDIN, Gilmar Antonio: TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos**: uma conquista civilizatória. Revista Direitos Humanos E Democracia, 2018, p. 297-301. Disponível em <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.12.297-301> Acesso em: 20 jun. 2019.

GELMAN, Maia. **Direitos Humanos:** A Sociedade Civil no Monitoramento. Curitiba: Juruá, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**.4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Miguel. **Medidas de austeridade levaram a queda de até 83% em programas sociais**. 2017.Disponível em: <https://www.inesc.org.br/medidas-de-austeridade-levaram-a-queda-de-a-te-83-em-programas-sociais/> Acesso em: 25 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp--content/uploads/2018/10/DUDH.pdf > Acesso em: 31 ago. 2019.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**.Salvador: JusPodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIREITOS HUMANOS E SUA APLICABILIDADE ÀS FORÇAS DE SEGURANÇA PÚBLICA À LUZ DO PL882/19 QUE ALTERA A LEGÍTIMA DEFESA NO CÓDIGO PENAL

Ana Paula Dos Santos Gomes Pimenta da Silva
Gabriely Baptista Lehmann
Thiago Frederico Martins de Oliveira

INTRODUÇÃO

Há de se partir da premissa da interdisciplinariedade do artigo em comento, pois o Direito não caminha só, neste trabalho deve-se pensar na História, Sociologia e Ciências Políticas em conjunto, tendo em vista que uma inovação jurídica visa atender a sociedade em determinado ponto que entende-se necessário, através de políticas públicas que podem ser vistas pela Ciências Políticas e como atual e no caso em tela dos direitos humanos sua origem histórica.

O Projeto de Lei 882/2019 que tramita no Congresso Nacional, dentre outras alterações visa modificar o art. 25 do Código Penal, para inclusão dos incisos I e II como forma de adequar-se com a realidade atual.

O Código Penal atualmente consta em seu art. 25 com a redação que apenas contém o caput do artigo.

> "Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Destarte conta o artigo em comento com a legitima defesa própria e de terceiros, que são contempladas em nosso ordenamento pátrio.

Porém entendem os autores do projeto de lei que busca alterar o código que necessita de maior aplicabilidade e proteção a legitima defesa, para preservação da vida, bem como de direitos do agente de segurança pública.

Recentemente em 20 de agosto, na famigerada ponte Rio-Niterói no Estado do Rio de Janeiro, um suspeito fez reféns em um ônibus, e o desfecho trágico para o suspeito e seus familiares, porém de alívio para as vítimas e seus familiares, foi de um disparo efetuado para cessar a agressão, onde pode-se vislumbrar o caso característico da legítima defesa de terceiro, efetuada por policial em serviço e que não fora necessário as alterações que estão por vir, em tese, para resguardar tanto as vítimas do sequestro como o policial que efetuou o disparo.

Deve-se ter em mente quando se fala de direitos humanos, toda sua amplitude, porém sem se distanciar dos direitos humanos e fundamental básica, a saber a vida, desta forma preocupado com os direitos humanos, direitos fundamentais e política de segurança a alteração que poderá surgir como inovação jurídica em breve, visa dar mais segurança ao policial por exemplo que diante de frações de segundos deve decidir se efetua ou não um disparo por exemplo em um confronto armado ou na iminência deste.

O objetivo da inovação legislativa seria da preservação da vida do agente de segurança pública em conflito, bem como de possível vítima, sem contudo preterir os direitos humanos e fundamentais do suposto agente criminoso

Dito isto de forma preliminar deve-se partir para a análise dos direitos humanos propriamente ditos.

Ressalta-se que não é objetivo do referido artigo o aprofundamento em Direitos Humanos, apenas usá-los como base para compreensão geral do tema.

Desta forma segue-se pela pesquisa com uma abordagem dos Direitos Humanos propriamente ditos, bem como da Criminologia com intuito de complementar o estudo.

DIREITOS HUMANOS

Deve-se ater a uma abordagem de cunho histórico breve, apenas como norte do desdobramento das linhas a seguir, para compreensão dos

Direitos Humanos, como quando surgem oficialmente e razão pela qual surgem. Diante do exposto pode-se prosseguir adiante para compreensão da pesquisa.

É notório o sofrimento para a humanidade gerado pela segunda grande guerra mundial. Após o seu término, em 1945 inicia-se o movimento que visa diminuir ou prevenir o flagelo das gerações futuras.

Uma reunião de cinquenta países começa a elaboração de um corpo internacional para promover a paz e atuar com intuito de prevenção de guerras.

Em 1948 ocorre um amadurecimento das ideias discutidas desde 1945, ocorrendo então a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta feita os Direitos Humanos são elevados e há de se pensar que os Direitos Humanos evoluíram com o tempo, abarcando também direitos civis e políticos.

Atualmente em nossa legislação pode-se ter uma compreensão errônea dos aparatos e aplicabilidades de tais direitos, porém deve-se compreender a amplitude dos Direitos Humanos propriamente ditos. Para o artigo em comento diga-se que o agente de força de segurança e o suspeito são protegidos pelos mesmos direitos. Quando tem-se confronto em local habitado, na maioria dos casos, o cidadão que ali reside também está abarcado pelos mesmos direitos, ou deveria estar, não há que se falar que o agente policial estará atuando as margens dos direitos humanos ou amparado legalmente para matar, contudo deve-se ter em mente que a preservação da vida por todos em ambos os lados deste confronto deve e deseja-se ser preservada.

Logo além das questões sociais e da dignidade, a vida como bem maior estará em pauta no foco principal. Assim, deve-se pensar em Direitos Humanos desde o planejamento da atuação preventiva, passando pela repressiva e os confrontos que ocorrerão.

Quando os Direitos Humanos forem capaz de alcançar e proteger os cidadãos de maneira ampla, diga-se o suspeito e o agente de segurança pública de forma igualitária, estaremos diante de um Estado Democrático de Direitos exercendo o que para os momentos atuais é utópico, que seja a aplicabilidade das garantias constitucionais para todos.

Faz-se necessário uma citação de José Antonio López García *"(...) una buena manera de estudiar los Derechos Humanos, al menos desde el siglo XIX*

hasta nuestros días, consiste en verlos en conexión com la historia del Estado Moderno." STRECK. 2019.

Desta forma pode-se compreender os Direitos Humanos com o caminhar de toda a sociedade e estrutura política. Prossegue ainda o autor:

> "Para tanto, é preciso que se tenha desde logo a aceitação de que os direitos humanos, como tais, não formam um conjunto de regras cujo conteúdo possa ser adquirido e construído de uma vez por todas. Não são direitos elaborados a partir da compreensão do que seja uma dada "natureza" inerente à pessoa humana, como fora pensado em determinados momentos históricos – veja-se o caso de John Locke, para quem, com o desvelamento do conteúdo desta "natureza" seria viável a elaboração dos próprios direitos humanos." STRECK. 2019

Assim pode-se perceber as modificações referentes aos direitos humanos bem como a concepção que não deve ser um direito inerte, e sim movimentar-se no tempo histórico e político de uma sociedade. Desta forma pode-se citar ainda "Tal "evolução" na construção dos direitos humanos não deixa dúvida quanto ao seu caráter de historicidade" STRECK 2019.

PREVENÇÃO CRIMINAL

A parte que cabe a criminologia, é de suma importância que seja citadas as formas de prevenções criminais, pois em tese a legítima defesa só existe para proteger a pessoa que está sofrendo ou na iminência de sofrer injusta agressão, logo é uma necessidade da sociedade, que poderia, caso utopicamente não existissem agressões injustas, não ser necessária.

Desta forma pode-se pensar que existem três tipos de forma de prevenção criminal, a saber a: primária, a secundária e a terciária.

A prevenção primária é aquela cuja a qual combate a origem do conflito, pode-se pensar que o Estado deveria sanar o problema de tráfico de drogas, crimes patrimoniais com violência e crime organizado através de fomento e implementação a educação, saúde, lazer, moradia e segurança. O que de fato é notório que não é uma realidade em nosso país, por ora.

Prevenção secundária pode-se imaginar de atuação de curto e médio prazo com implementação de programas que sejam ligados a ação policial e apoio, entendendo-se neste último caso também como assistência social.

Já a prevenção terciária atuaria na última instância da esfera criminal, de forma ampla, sendo a atuação do Estado aos reclusos por penas privativas de liberdade. Busca-se aqui através de medidas socioeducativas e de modo que possam alcançar a ressocialização da população carcerária. Medidas estas de atividades laborais, prestação de serviços a comunidade, remição pelo estudo e liberdade assistida.

Desta forma poderia o Estado fazer-se presente em todas as instância sociais e combater a criminalidade em qualquer estágio, ou aproximar-se disso.

Há que se falar ainda na Teoria da Reação Social, que consiste no fato de que uma ação tipificada como crime, gera em contrapartida uma reação do Estado, que se faz necessária, para manutenção da ordem social. Ressalte-se que o atuar do Estado deve trazer consigo a proporcionalidade ao agir na persecução penal contra o cidadão.

Da Teoria da Reação Social, pode-se falar em três modelos, que são: modelo dissuasório, é o clássico do direito penal, pune-se o agente criminoso, e então atuando por repressão demonstra-se para a sociedade que o crime não compensa. O segundo modelo é o ressocializador, neste modelo pune-se o agente criminoso também porém com cunho ressocializatório e objetivo de reinserção social.

E o terceiro e último modelo é o restaurador ou integrador, que visa apaziguar ao máximo o crime e seus efeitos primários e secundários, presta assistência a vítima, a sociedade afetada pelo crime e cuida também da reeducação do agente criminoso.

Desta forma breve pode-se efetuar uma abordagem que permita a compreensão que caso não houvesse necessidade a legítima defesa não seria exercida, porém em qualquer cenário de política criminal, compreende-se que alguma margem de combate deve existir.

LEGÍTIMA DEFESA

O instituto da legítima defesa, visa permitir que uma pessoa defenda-se, ou venha a defender terceiro diante de uma agressão injusta, atual

ou iminente, desde que usando moderadamente os meios necessários, até cessar a agressão.

Nas palavras de Nucci "Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos"[67]. Explica o autor que poderá repelir injusta agressão o agente mesmo que incida em fato formalmente tipificado como crime, pois a legislação permite defender-se, no caso em tela, a própria vida ou de terceiro mesmo que para cessar a injusta agressão, que seja atual ou iminente utilize-se de violência, porém de forma moderada, com meios possíveis e disponíveis ao momento.

Desta forma pode-se vislumbrar a atuação policial em combate a criminalidade no país, primeiramente deve-se atentar para o instituto da legítima defesa em seu plano atual, previsto no art. 25 do Código Penal. Hodiernamente pode-se compreender que um agente de segurança pública no Brasil está amparado pelo instituto, porém deve-se observar que por questões óbvias em um Estado Democrático de Direito o referido agente, conforme disposição do caso concreto responderá a um processo penal.

O referido Projeto de Lei de nº 882/2019:

> PROJETO DE LEI
>
> Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

67 NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Ed Gen

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

> Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.
>
> Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Art. 23. .....
>
> § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.
>
> § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção." (NR)
>
> "Art. 25. .....
>
> Parágrafo único. Observados os requisitos do **caput**, considera-se em legítima defesa:
>
> I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e
>
> II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes." (NR)

Assim pode-se perceber que visa o legislador inovar juridicamente com intenção de resguardar o servidor público que atua em força de segurança, entretanto, pensa-se que o direito abarcado já estaria previsto com a redação atual ou que poderá vir a tornar-se a antiga caso evolua o PL 882/2019 inócua ou apenas como inflação legislativa.

Porém há de se pensar que processualmente pode gerar um acerto jurídico e social em aparo no agente de segurança pública quando o mesmo incorrer na legítima defesa, que por exemplo pode incidir em morte por parte do suspeito.

No parágrafo único do art. 25 no PL882/2019 cita o legislador além dos requisitos da legítima defesa, dividindo em dois incisos. Imagine-se

que o legislador pretenda resguardar a vida do policial agindo no seu exercício legal ou estrito cumprimento do dever legal, onde percebe um suspeito armado possa atuar de forma a reduzir o grau de risco que um agente em serviço em tal situação estaria. Ressalte-se que o excesso doloso ou culposo poderá e deverá vir a ser punido.

Sob a ótica dos direitos humanos, não visaria tal modificação atuar em detrimento de um possível suspeito, apenas então seria uma maior salva-guarda ao agente policial, por exemplo.

Sabe-se que o poderia bélico da criminalidade aumenta, logo visa o legislador, fornecer possibilidade de defesa maior aos agentes que estiverem em confronto armado, desta forma amplamente já estaria abarcado pela redação atual ou na iminência deste conflito, atuando como inovação jurídica.

Deve-se ser desprendida atenção especial ao inciso II da redação do art. 25 que consta do PL 882/2019. Chama-se atenção pelo fato do PL constar do mês de fevereiro do ano de 2019 e em agosto do mesmo ano no Estado do Rio de Janeiro um atirador de elite do Batalhão de Operações Especiais necessitou atuar da forma descrita no referido inciso. De notoriedade nacional, um suspeito empreendeu-se a cercear a liberdade de passageiros e do motorista de um ônibus, que trafegava pela Ponte Rio-Niterói. Diante da iminência de um mal maior aos passageiros atuou o servidor em questão usando do meio que lhe cabia, conforme a situação permitia e sem excesso. É cabível recordar que no caso em tela o suspeito havia elaborado armadilhas para impedir o acesso ao ônibus, pois o mesmo implementou sistemas artesanais contendo liquido inflamável nas estradas.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Criado pelo jurista alemão Günther Jakobs o Direito Penal do Inimigo visa combater o inimigo do Estado, da sociedade. Quando fala-se no artigo que está a ser trabalhado nessas linhas, pensa-se que a agressão injusta, por parte dos agressores, ou suspeitos, enseja a necessidade de atuação por parte dos agente de segurança, e o que de fato ocorre é que por vezes a morte de algum suspeito. A questão principal é que o agente de segurança somente atua por necessidade de intervenção para salvar sua vida ou de terceiro.

Destarte o item em questão analisado é apenas o esclarecimento que no Brasil não seria aplicável o referido conceito de direito penal do inimigo.

Logo não há amparo que resguarde um confronto armado ou na iminência deste, entenda-se a agressão injusta e atual, a alegação de a morte de um suspeito sem que estejam presentes os atuais requisitos da legítima defesa.

Legítima Defesa esta nos moldes atuais, bem como em caso de aprovação do projeto de Lei a que se refere o artigo, que estariam por serem aprovadas e inovando legislativamente o ordenamento pátrio.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto pode-se perceber que é um período de inovações legislativas, inegavelmente pelo fato de alterações na Lei 10.826/03 e Lei 11.340/06, através das Leis 13.870/19, referente a alteração no Estatuto do Desarmamento, e as Leis 13.871/19, 13.880/19 e 13.882/19 que visam dar maior aplicabilidade, efetividade, garantias e proteção a Lei Maria da Penha. Desta forma pode-se perceber que as inovações legislativas estão atentas as modificações e necessidades sociais.

Sendo assim é de se imaginar que o projeto de lei em comento visa também uma garantia, diga-se maior, pois já existe o instituto da legítima defesa, para o servidor da área de segurança pública ao agir em legítima defesa, sua ou de terceiro.

Há de se ressaltar que a legalidade norteia principalmente o direito penal, seguindo das formalidades legislativas, deve-se ter em mente que será uma evolução do instituto da legítima defesa, bem como um item de Direitos Humanos em nosso ordenamento. A lição que Ferrajoli nos dá a respeito da legalidade como um dos axiomas deve ser seguida em sua integralidade.

Deve-se ter em mente a amplitude dos direitos humanos e sua real função e aplicabilidade, pois há uma compreensão de forma pejorativa sobre a sua aplicabilidade. Como o próprio nome diz, são direitos humanos, onde não se faz distinção de maneira alguma, logo ao agente de força de segurança pública, ao suspeito e cidadãos que estejam em meio ao conflito armado.

A princípio esta inovação legislativa trará benefícios aos agentes de segurança pública no atuar de suas funções, desde que respeitados os pressupostos e requisitos da legítima defesa. Há de se pensar que processualmente pode gerar maior tranquilidade ao atuar sob a guarida do direito, de forma leal e coesa.

Caso ocorra a aprovação do projeto de lei, poderá ser observado a sua aplicabilidade real, desta forma corroborando a hipótese inicial da referida pesquisa.

BIBLIOGRÁFICAS

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Ed RT.

GILABERTE, Bruno. Crimes Contra a Pessoa. Ed. Freitas Bastos.

https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,com-434-mortes-letalidade-policial-no-rio-no-1-trimestre-de-2019-e-a-maior-em-21-anos,70002827768

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Projetos/PL/2019/msg50-fevereiro2019.htm

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. Ed. Gen.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito Penal do Inimigo. Ed Jurua.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Ed Gen Forense.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia. Ed Saraiva.

PIOVESAN, Flavia. Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Ed Max Limonad.

STRECK, Lenio L. e BOLZAN DE MORAIS, José L. Ciência Política & Teoria do Estado. Ed Livraria do Advogado.

ZAFFARONI, E. Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro. Ed RT.

A INEFICÁCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS NO BRASIL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO CÁRCERE

Raphaela Abud Neves

INTRODUÇÃO

Ao longo da história é possível perceber que nem sempre a integridade física e mental do ser humano foi preservada por quem detinha o poder de punir. Ao passo em que a humanidade passou a se desenvolver quanto sociedade, a valorização da vida, do corpo e dos direitos do homem foram se ressignificando e passaram a ser reconhecidos e respeitados.

Em uma breve análise das idades antiga, média e moderna, é possível observar que as práticas autoritárias e desumanas dispensadas nas punições, aos poucos, passaram a ser repudiadas pela sociedade. Neste ínterim, os ideais iluministas colaboraram significativamente para o fim das penas desumanas e das arbitrariedades da Igreja e do Estado, inaugurando um período humanista que serviu, no futuro, para o modelo de direito penal de hoje, e para origem dos Direitos Humanos.

Mesmo com as conquistas ao longo do tempo e com os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, no qual o Brasil é signatário, o sistema penitenciário brasileiro ainda não consegue cumprir com esse dever de proteção e preservação dos direitos dos presos, e um dos motivos para essa realidade é a falta de políticas públicas penitenciárias efetivas e eficazes. Por esse motivo, contextualizar a evolução histórica das

penas, a origem do pensamento humanista e, por fim, a realidade atual do sistema penitenciário se faz pertinente sob a ótica das políticas públicas penitenciárias serem o ponto chave de proteção e/ou violação desses direitos dentro do sistema prisional.

1 CONCEITUAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

A política pública está intimamente ligada com as atividades de quem detém o poder de governança, uma vez que pode ser entendida como tudo que o governo "*faz e deixa de fazer, com todos os impactos de suas ações e de suas omissões*" (AZEVEDO, 2003 apud RIBEIRO, 2017). Apesar das políticas públicas estarem relacionadas com a participação e o diálogo da sociedade quanto as decisões elaboradas e tomadas em benefício de todos, a figura do Estado é fundamental para concretizar essas políticas e influenciar, positiva ou negativamente, a vida em comunidade.

Dentro desse aspecto, cabe ressaltar que o que se encontra previsto na Constituição Federal, nos tratados internacionais, e em todo ordenamento jurídico brasileiro, é compreendido por políticas públicas, cabendo ao Estado tomar ou deixar de tomar medidas que garantam a efetividades dessas normas e desses direitos, inclusive, a forma como Estado lida com os delitos e com as penas. Ainda, é possível perceber que, mesmo que em alguns momentos a estrutura de governança não contasse com uma organização de Estado como a atual, a maneira como as punições foram empregadas ao longo da história por quem detinha o poder de punir também eram retrato de políticas públicas. Dentro desse contexto, é possível analisar a evolução histórica das penas e tratar dos direitos humanos no cárcere sob a óticas de políticas públicas penitenciárias.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

2.1 PERÍODO DA VINGANÇA

A idade antiga é compreendida pelo surgimento da civilização e de seu desenvolvimento. Nessa época, a privação de liberdade como forma punitiva ainda era desconhecida, sendo as penas nada mais do que sinônimos de vingança, aplicadas de forma desproporcional e irracional sobre quem agia de forma inadequada e inaceitável aos olhos de um determi-

nado grupo. A fase da vingança foi compreendida em três dimensões: privada, divina e pública.

Na fase da vingança privada, a estrutura social se dava através das famílias, tribos e clãs, que, embora pouco desenvolvidas quanto pólis, prezavam pelo bem da comunidade em que estavam inseridos. Ao passo em que algum mal era cometido contra um dos membros ou contra o grupo, se abria espaço paras as retaliações. Dentro desse período que surge o Código de Hamurabi, onde se continha a Lei do Talião, detentora do memorável provérbio "olho por olho, dente por dente".

> Nesse passo, aos que desrespeitavam algum interesse de seus membros punia-se com a perda da paz, que consistia na expulsão do infrator da comunidade, que perdia a proteção do grupo, e ao estranho que violasse qualquer valor individual ou coletivo era aplicada a vingança de sangue. (TELES, 2006, p. 19)

Para compreender a fase da vingança divina, é necessário saber que a religião, ao longo das mais variadas épocas, exerceu significativo domínio sobre a sociedade, que deveria agir de acordo com a vontade divina. Nessa fase, diante do surgimento de problemas no convívio entre as pessoas, os preceitos religiosos assumiam um protagonismo, e a classe sacerdotal se incumbia da aplicação das penas.

> [...] a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. [...] – razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Já na fase da vingança pública, houve um rompimento do protagonismo exclusivo entre a vítima e o acusado e se abriu espaço para o desempenho de um relevante papel estatal, exercido na figura do soberano, que justificava sua autoridade na vontade de Deus. Não era mais o ofendido

ou mesmo os sacerdotes os agentes responsáveis pela punição, e sim o soberano (COSTA, 1999, p. 15). O fato de as penalidades, na fase da vingança pública, serem atribuídas pelo homem e em defesa dos interesses da sociedade não diminuiu a brutalidade e o desequilíbrio da aplicação das sanções no período da vingança pública. Nesse período, inclusive, houve uma verdadeira espetacularização das penas.

2.2 TRIBUNAIS DO SANTO OFÍCIO

A idade média foi marcada pela grande influência da Igreja Católica na legislação penal, resultante de um empoderamento do Direito Canônico. Nessa época, a privação de liberdade passou a ser usada sobre os cidadãos como forma de punição, ensejando, assim, uma "oportunidade dada pela Igreja para que o pecador, no silêncio da reclusão, meditasse sobre sua culpa e se arrependesse dos seus pecados" (CALDEIRA, 2009, p. 264)

Objetivando reprimir ameaças de heresias no bojo da sociedade, a prática da tortura passa a ter legitimidade Papal. Nesse momento, a espetacularização das execuções da pena se eleva. Instauram-se os Tribunais do Santo Ofício, que julgavam todos que eram vistos como ameaça ao Direito Canônico e aos dogmas da Igreja. Nesse período, as penas de morte e os castigos violentos eram permitidos pela Igreja, que uma vez obtendo a confissão e o arrependimento do criminoso, o denunciava e o entregava para o Estado, que seria detentor do direito de punir.

> Após a confissão, vinha a condenação e, em seguida, a execução da pena. [...] a multidão comparecia para ouvir o relato de suas maldades e seu arrependimento. [...] Algumas vezes, e dependendo da gravidade do crime, o juiz concedia o estrangulamento antes que fosse acesa a fogueira; em outras, o condenado era queimado vivo. Durante a execução, a sentença era lida em público para que todos tomassem ciência dos malefícios por ele praticados (NASPOLINI, 2010, p. 266).

Ainda que na idade medieval as penas tenham sido aplicadas com o mesmo teor de barbaridade da idade antiga, nessa época há a primeira noção de penitenciária empregada na história, além de a ideia de vingança ser substituída pela ideia de punição.

2.3 O DIREITO PENAL NA FILOSOFIA DAS LUZES

A idade moderna contou com o apogeu do Absolutismo Monárquico, nesse período, o monarca exercia seu poder de forma arbitrária, e contribuía para a crescente desigualdade social, uma vez que o tratamento dispensado aos nobres e comuns se distinguiam. O arbítrio do Estado continuava preponderante, e a aplicação das penas ainda era desproporcional e cruel, muitas vezes, na definição dos crimes, se criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror (BRUNO, 1959, p. 88-89).

No século XVIII, contrariando o regime absolutista, os ideais Iluministas passaram a buscar uma maior proteção dos direitos dos indivíduos perante o Estado, defendendo a separação entre o Estado e a Igreja; o estabelecimento das previsões legais das normas e das penas, bem como o esclarecimento dessas normas e dessas penas.

> Só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. (BECCARIA, 2015, p.10)
>
> Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. [...] Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá [...]. (BECCARIA, 2015, p.20)

O Iluminismo ficou conhecido como um período de racionalidade dominante, e também marcou a virada histórica em que o homem passou a ser considerado possuidor de direitos inerentes a sua natureza e independentes do Estado. Foi por conta desse ideal filosófico que a teoria do Jusnaturalismo, consistente na máxima de que os homens possuíam direitos naturais e absolutos, e do Contratualismo, consistido na visão de que a missão estatal era criar um pacto entre as pessoas que visasse assegurar esses direitos, serviram de base para as declarações de direitos ocorridos na Europa e na América.

3 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, a partir das premissas contidas nas declarações de direitos do século XVIII, foi se desenvolvendo, progressivamente, até os dias atuais. Apesar de sua decorrência advir de momentos históricos específicos, é possível compreender que sua origem é apenas um parâmetro para todas as evoluções que decorreram dali, e que propagaram a sua importância dentro da sociedade.

Em dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, cujo um dos Estados-membros era o Brasil, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse foi apenas o início do compromisso assumido pelo Brasil na promoção e proteção das liberdades e direitos do homem. Porém, apesar do Brasil ter assumido uma série de compromissos a respeito da preservação dos Direitos Humanos, no que concerne o sistema penitenciário, é perceptível que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

3.1 AS REGRAS DE MANDELA E A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas – ONU –, com participação brasileira, atualizou as Regras Mínimas para Tratamentos de Presos. O novo documento foi chamado de Regras de Mandela, e dispôs sobre regras e princípios de organização penitenciária dentro de um contexto global de tratamento aconselhável aos presos. Não obstante, nossa Constituição Federal já trazia uma série de princípios e regras acerca do assunto.

Segundo dispõe a Regra de Mandela:

> Regra 4
>
> 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos (CNJ, 2015).

Se tratando dos direitos e garantias fundamentais, a despeito dos direitos e deveres individuais e coletivos temos no caput do art. 5º da Carta Magna:

> Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte: [...] (BRASIL, 1988)

É notório que a Constituição, ao consagrar o princípio da isonomia, contempla todo o cidadão brasileiro e/ou estrangeiro residente no país, sem tratamento desigual de qualquer natureza, isso se aplica, por óbvio, aos presos. Nesse sentido, segundo dispõe a Constituição Federal de 88:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

No momento em que a saúde, educação e trabalho estão estabelecidos constitucionalmente e nas Regras de Mandela, fica claro que o Estado precisa buscar a efetivação desses direitos. Todavia, o sistema penitenciário brasileiro apresenta uma realidade que pouco efetiva esses direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico.

Em relação a saúde, em 09 de setembro de 2013, a Portaria nº1777 instituiu o Plano de Saúde no Sistema Penitenciário, visando levar a assistência médica necessária aos presos (INFOPEN, 2016).

No que diz respeito a educação, apenas 10,94% da população carcerária está envolvida em atividades educacionais. Nos três estados de maior população carcerária do Brasil, São Paulo tem 14,5% da população na alfabetização, 40,8% no ensino fundamental, 32% no ensino médio, 0,3% no ensino superior, 0,4% em curso técnico e 11,6% em cursos de formação inicial e continuada; Já Minas Gerais, tem 15,3% da população na alfabetização, 52,6% no ensino fundamental, 22% no ensino médio, 1,7% no ensino superior, 1,1% em curso técnico e 7,1% em cursos de formação inicial e continuada; enquanto o Rio de Janeiro possui 14,2%

da população na alfabetização, 60,6% no ensino fundamental, 22% no ensino médio, 2% no ensino superior, 0,1% em curso técnico e 0,7% em cursos de formação inicial e continuada. No que diz respeito às atividades complementárias, apenas 1% encontra-se envolvida (INFOPEN, 2016).

No que corresponde ao trabalho, 17% da população prisional estava envolvida em atividades laborais internas e externas no segundo semestre de 2016, o que representa o quantitativo de 127.643 pessoas trabalhando. Os estados de maiores índices de detentos trabalhando foram Mato Grosso do Sul, com 45,02% de pessoas trabalhando; seguido pelo Rio Grande do Sul, com 30,41% de pessoas trabalhando; e Santa Catarina, com 27,29% de pessoas trabalhando. Em relação ao estado de São Paulo, o percentual de pessoas trabalhando é de 24,65%; em Minas Gerais são 20,51% de pessoas trabalhando; enquanto o Rio de Janeiro possui apenas 4,69% da população carcerária em atividade laboral (INFOPEN, 2016).

Ainda que parte da população carcerária goze do dos direitos a saúde, a educação e ao trabalho ainda, esse acesso é escasso e minoritário. Por mais que o Brasil tenha participado ativamente da elaboração das Regras de Mandela, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, até 2016 não havia nenhuma política pública no país em relação as regras, o que dificulta que a ressocialização ocorra e que o preso, tenha todos os direitos, não atingidos pela privação de liberdade, protegidos e que sustente o laço social que será plenamente restaurando com sua soltura.

3.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Na década de 90, a Corte Colombiana criou o mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional, que pode ser entendido, a grosso modo, como o termo empregado para se decretar a calamidade e a urgência em relação a um cenário caótico e descontrolado em que há uma generalizada violação de direitos fundamentais e princípios que regem a Constituição. O que se busca com a decretação do ECI é possibilitar que o Estado seja sentenciado a implementar políticas públicas objetivando a solução da questão e sanando as lesões resultantes da violação desses direitos.

No mesmo ano em que as Regras de Mandela foram atualizadas, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, por meio de uma petição redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – nº 347, requerendo a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no tocante ao sistema penitenciário brasileiro.

Segundo o informativo nº 798 do STF, postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais, dentre outros:

> b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão;
>
> h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos

Em 11 de setembro de 2015, o colegiado, em deliberação majoritária, deferiu as medidas cautelares dos itens "b" e "h", no que dizia respeito as audiências de custódia e as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, respectivamente. Por fim, foi reconhecido o estado de generalizada violação dos direitos fundamentais dos presos.

> O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. [...] Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. [...] A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF (STF, 2015).

4 PAPEL DO ESTADO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS CRIMINAIS E PENITENCIÁRIAS

O caput do art. 5º da Constituição Federal de 88 estabelece, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o direito à segurança.

> Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte: [...] (BRASIL, 1988)

Decerto, o direito à segurança pode ser interpretado sob muitas vertentes, uma delas é o direito de viver em uma sociedade em que a ocorrência de crimes seja a menor possível. Nesse sentido, o direito à segurança dentro da perspectiva de combate ao crime é dever do Estado, o que significa que para garantia e efetivação desse direito, haverá política pública criminal através de ações preventivas, que visam compelir e diminuir a prática de crimes; e as ações repressivas, que visam elucidar o crime para garantir a aplicação da lei penal.

À medida em que o Estado falha nas políticas criminais preventivas, havendo a aplicação da lei, a política criminal se desdobra, e passa a versar sobre matéria de política penitenciária. A importância da política penitenciária para o sistema prisional é basilar no que tange a ressocialização do preso. Estabelece a Lei de Execuções Penais nº 7.210 de 1984 que:

> Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

No que concerne as políticas públicas penitenciárias, o percentual da população carcerária envolvida em atividades educacionais (10,94%) e laborais (17%) ainda é ínfimo. Cabendo informar, que a população prisional brasileira é de 722.120, para um déficit de 275.246 vagas (INFOPEN, 2016) e a reincidência de 70% (IPEA,2015). O fato de a política pública penitenciária não ser devidamente aplicada nos presídios brasileiros em consonâncias com as péssimas estruturas e tratamento no sistema prisional, corroboram para que os números sejam cada vez mais negativos. O cárcere brasileiro não só se distancia da ressocialização, como influencia no aumento da criminalidade, uma vez que o sistema prisional como forma de política pública de segurança não diminui em nada a alta taxa de reincidência.

Resta claro que a dificuldade encontrada pelo Estado na formulação e implementação contribuem, inquestionavelmente, para que a população carcerária viva em uma situação precária e inadequada, e que tenha os seus direitos violados diariamente pelo Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Resta incontroverso que ao analisar a evolução das penas no mundo, houve uma clara mudança no que se refere aos direitos humanos dos submetidos as sanções de seus delitos. Ao passo em que a humanidade foi se desenvolvendo quanto pólis, o respeito a integridade, principalmente física, dos cidadãos foi sendo mais valorizado, enfraquecendo as práticas dos suplícios e da autotutela (justiça com as próprias mãos).

Apesar do Iluminismo ter marcado uma virada histórica a respeito do período humanitário, analisar o sistema penitenciário brasileiro atual à luz dos direitos humanos e fundamentais conquistados ao longo dos séculos, ainda revela um longo caminho na busca da preservação desses direitos. Troca-se a figura dos carrascos, dos sacerdotes, da inquisição, pela péssima estrutura prisional e a vulnerabilidade dos direitos dos encarcerados.

A população carcerária brasileira cresce ao mesmo tempo em que o Estado falha na efetivação dos direitos dos presos, e contribui para que a reincidência continue tenho um percentual significativo e crescente. O déficit de vagas e o estado de superencarceramento apenas corroboram com essa realidade de ineficácia na implementação das políticas públicas penitenciárias.

Tornar as políticas públicas penitenciárias em um debate público e honesto é o primeiro passo para mudar a realidade das prisões no Brasil, melhorar a vida dos presidiários, e esperar o reflexo positivo que isso, certamente, trará para a sociedade em geral.

No mais, ventilar questões relacionadas aos direitos humanos sempre será de extrema importância para o desenvolvimento de toda sociedade, seja na esfera interna como, também, na esfera global. Sendo assim, se conclui que o tema apresenta demasiada relevância jurídica e social, o que justifica que seja empenhada uma maior reflexão para a real situação carcerária no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, J. L. **A educação como política pública**. Campinas, SP: Editora Autores Associados, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Ed. Ridendo Castigat Mores. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 1.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro. Nº 45, v12. 2009.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. (200). Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CHIEVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado) - Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

COSTA, Alexandre Mariano. **O trabalho prisional e a reintegração do detendo**. Florianópolis: Insular. 1999. 104p.: II. (Coleção Teses).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em 22/09/2019.

Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Junho/2016. Ministério da Justiça.

Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN MULHER – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Maio/2018. Ministério da Justiça.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Ed. 42ª. Editora Vozes. 2014

IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/06/716becd-8421643340f61dfa8677e1538.pdf> Acesso em: 23/09/2019

STF, Informativo. Nº 798. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 23/09/2019

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **Aspectos históricos, políticos e legais da Inquisição**. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2010

QUEIROZ, Nana – **Presos que menstruam** – 10ª ed. Rio de Janeiro. Record. 2019.

RIBEIRO, Rose Aparecida Ferreira. **Educação e cárcere, Uma análise da efetividade das políticas públicas que visam garantir o acesso à educação no sistema prisional**. Dissertação Mestrado. Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2017. Disponível em: <http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/EDUCA%C3%87%C3%83O-E-C%C3%81RCERE-UMA-AN%C3%81LISE-DA-EFETIVIDADE-DAS-POL%C3%8DTICAS-P%C3%9ABLICAS-QUE-VISAM-GARANTIR-O-ACESSO-%C3%80-EDUCA%C3%87-%C3%83O-NO-SISTEMA-PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 12 outubro 2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **"Estado de Coisas Inconstitucional "e Diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Artigo4.pdf.> Acessado em: 23/09/2019

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral**. Arts. 1º a 120.2. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

VARELLA, Dráuzio – **Prisioneiras** – 1ª ed. São Paulo. Companhia das letras. 2017.

ARTIGOS - DIREITOS SOCIAIS

REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Leonardo Leandro Figueiró

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, um dos marcos da redemocratização do Brasil, foi responsável por nortear a aplicação e proteção dos direitos fundamentais atrelados à pessoa humana e à sua dignidade, garantindo inclusive a eficácia de tais direitos entre os particulares, seguindo tendência internacional.

O professor André de Araújo Molina (2013, p. 78) adverte ainda que, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares adveio de experiência alemã posterior à Segunda Guerra Mundial, que necessitava romper com o positivismo, já que as atrocidades cometidas durante o regime nazista eram amparadas por leis.

Assim, é evidente que, além de provocar profundas mudanças políticas, a normativa constitucional protagonizou transformações no direito civil (TEPEDINO, 2012, p. 11), provocando, conforme já exposto, a incidência direta ou indireta dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, nas relações privadas.

Por decorrência da constitucionalização do direito civil, também se viu afetada a própria responsabilidade civil, matéria abarcada por aquele ramo do direito, e os danos a novos interesses que sequer eram considerados juridicamente passaram a ser tutelados.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar que com uma interpretação sistemática da legislação, bem como com a aplicação dos princípios norteadores do direito do trabalho, é perfeitamente possível, senão recomendável, a aplicação de penas não pecuniárias à reparação do dano extrapatrimonial no âmbito da justiça obreira, haja vista a erosão dos atuais filtros de reparação.

A relevância da pesquisa se encontra se deve ao fato da insurgente e atual preocupação de que forma atual de reparação dos danos extrapatrimoniais, baseada exclusivamente na pecúnia, não garante ao trabalhador lesado uma efetiva reconstrução de sua dignidade, antes violada pelo ato ilícito.

Para tanto, será feita inicialmente uma análise sobre as mudanças no trato do dano extrapatrimonial provocadas pelo advento da Constituição de 1988, mormente em relação a sua natureza e os novos filtros de reparação trazidos pela moderna doutrina. Ao mesmo tempo, serão demonstradas as incompatibilidades da atual forma de reparação dos danos extrapatrimoniais com o a sistemática da nova interpretação constitucional.

Por fim, analisar-se-á a figura de uma nova proposta de reparação ao dano extrapatrimonial no âmbito da justiça do trabalho: a reparação não pecuniária, em oposição ao atual sistema de reparação baseado exclusivamente na entrega de dinheiro ao demandante lesado.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Poucos institutos no direito brasileiro sofreram tantas mudanças quanto os danos extrapatrimoniais. Passamos pela sua negativa no início do século passado e posteriormente pelo reconhecimento vinculado a uma visão calcada no sentimento da vítima, até os dias atuais, onde tanto o reconhecimento, quanto sua reparação, está ligada ao ideal da dignidade humana, corolário da Constituição Federal de 1988.

Ao incluir no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 a dignidade humana como fundamento da República, o Constituinte colocou o ser humano acima do patrimônio, impondo a todo o ordenamento jurídico, por hierarquia, que a pessoa passasse a ser seu centro.

O professor Pablo Stolze (2017), ao se referir aos princípios norteadores do direito contratual, leciona que

> na medida em que nos desapegamos de uma tendência excessivamente patrimonial, fechada e egoística do Direito Civil, passando a reconhecer uma justa prevalência da pessoa humana em lugar dos bens materiais, é natural que a concepção teórica do sistema de princípios informadores do Direito Contratual experimentasse mudança (p. 390).

Nota-se que, não somente por tal imposição hierárquica, mas também por evolução, houve uma alteração no trato ideológico do próprio direito civil, deixando o patrimônio de ser o protagonista desse ramo do direito privado, para dar lugar à pessoa humana.

Por consequência dessa nova sistemática trazida pela constituição, os próprios direitos da personalidade, previstos no Capítulo II, Título I do Livro I do Código Civil, ganharam amparo constitucional, sendo sua proteção e eficácia resultado da incidência direta de alguns direitos fundamentais nas relações privadas.

Convém salientar inclusive, que nem todos os direitos fundamentais positivados podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, haja vista que alguns têm aplicação somente em face do Estado, outros apenas em face dos particulares. André de Araújo Molina (2013, p. 117), de maneira original, nomeia tal teoria de eclética ou mista, ao se referir sobre a incidência horizontal dos direitos fundamentais.

Em síntese, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos são designações diferentes destinadas a contemplar atributos da personalidade merecedores de proteção jurídica, todos com valor idêntico e unitário: a dignidade humana (SCHREIBER, 2013, p. 13).

Logo, é fácil concluir que os direitos da personalidade, tidos como sinônimo de direitos fundamentais aplicáveis às relações privadas, são o conteúdo mínimo do próprio conceito de dignidade humana. Conteúdo porque estão contidos, encapsulados naquilo que deve ser considerado a dignidade humana; e mínimo, porque os direitos oriundos da dignidade humana, aqui tratada como princípio, não podem ser enumerados, como bem preleciona BARROSO (2012):

> Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e, consequentemente, de deveres -, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras (p. 66).

O professor Anderson Schreiber, para exemplificar o rol aberto dos direitos da personalidade inaugurado pela nova dogmática constitucional trazida à responsabilidade civil, cita um caso em que foi reconhecido o "direito à identidade pessoal", que não encontra previsão expressa no Código Civil, mas que, por força da incidência direta das normas constitucionais no caso concreto, foi reconhecido.

Trata-se do Recurso Especial 1.063.304/SP, de Relatoria do Ministro Ari Pargendler, publicado em 26 de agosto de 2008, onde uma empresa jornalística foi condenada a indenizar um advogado em R$250.000,00, ao publicar sua imagem em reportagem com o título "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual. Segundo o autor, interpretando o julgado, para além do fato de ter utilizado a imagem alheia sem autorização, a publicação lesou o retratado ao lhe atribuir condição que não lhe era própria, ou seja, a de homossexual (SCHREIBER, 2013, p. 14-15).

Diante dessa nova perspectiva proteção dada à pessoa humana, inclusive com o reconhecimento de danos à interesses não expressos no ordenamento, verifica-se uma mudança nos paradigmas da responsabilidade civil, ou mesmo uma erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, deixando a culpa e o nexo causal de ter tanta importância para dar lugar ao protagonismo do dano (SCHREIBER, 2015, p. 11-79).

Em palestra proferida no II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, o professor José Affonso Dallegrave Neto (2014) defendeu de forma clara:

> Reparem que perdi aqui quase a metade da minha fala para deixar bem claro que o norte, o paradigma, hoje, não é mais onde está a culpa da empresa. O norte não é mais onde está a culpa do agente. O norte, o paradigma, que fundamenta a responsabilidade civil, não só no Brasil como nos demais países, é a reparação integral da vitima. O olhar do julgador é como vou reparar

> essa vitima. É a partir desse paradigma, desse norte, desse valor proeminente da Constituição Federal, que vou investigar o caso concreto (p. 225-223).

O exposto até aqui demonstra justamente isso: que há uma preocupação cada vez maior na busca pela reparação efetiva, passando a doutrina a reconhecer o dano como pressuposto fundamental da responsabilidade civil, reflexo de uma nova dogmática Constitucional.

2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E OS CRITÉRIOS REPARATÓRIOS ATUAIS

Conforme exposto até aqui, a incidência direta dos princípios constitucionais, conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana, fez nascer a busca pela reparação de danos que até então não eram reconhecidos por ausência de previsão legal, passando a responsabilidade civil prescindir de antijuridicidade normativa expressa e assumir papel primário na seleção dos interesses merecedores de tutela em concreto.

Na busca por um conceito dos danos extrapatrimoniais, não é incomum esbarrarmos em diversas nomenclaturas que, a princípio, causam certa confusão. FACHINI NETO e WESENDONCK (2012) advertem que o dano extrapatrimonial pode ser considerado um gênero, que entre nós costuma ser chamado de dano moral (p. 230).

Segundo os autores, a concepção de danos extrapatrimoniais passou por três grandes fases: a tradicional, a crítica e a civil-constitucional. A primeira, ligada à ideia negativa de que todo dano que não fosse material, seria imaterial, ou seja, moral. A segunda, um pouco mais complexa, leva em consideração a repercussão da lesão sobre a vítima, e não a natureza da lesão assim, admitindo a existência de lesões patrimoniais em consequência de lesão a um bem não patrimonial (ex.: cicatriz deformante numa modelo) e vice-versa (FACHINI NETO e WESENDONCK, 2012, p. 232-234).

Para a terceira e mais recente corrente,

> [...] dano moral seria aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos da personalidade, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a

> reputação, o nome, a imagem etc (FACHINI NETO e WESENDONCK, 2012, p. 234).

Cumpre aqui esclarecer que, atualmente, a terceira corrente esbarra em um entrave trazido pelas duas primeiras correntes, que ainda são fortes na doutrina e jurisprudência brasileira, segunda as quais o dano moral consistiria na dor, vexame, sofrimento ou humilhação, ou seja, a configuração do dano moral fica ao sabor de emoções subjetivas da vítima. Tal entendimento é veementemente refutado por SCHREIBER (2013), ao afirmar que o "dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível" (p. 17).

Logo, a atual concepção do dano extrapatrimonial leva em consideração a violação direta dos direitos da personalidade, independentemente de qualquer outro fator, mesmo que subjetivo, pois a aferição da dignidade humana não pode ser concedida ou perdida (BARROSO, 2012, p. 76).

O referido autor cita como exemplos dos malefícios da consideração da dor e sofrimento para aferição do dano moral, o caso da atriz Maitê Proença, que, após ver sua nudez estampada sem autorização em jornal de grande circulação, teve seu pedido de indenização negado pelo Tribunal de justiça do Rio de Janeiro sob o argumento de que "somente mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida". Ao se referir ao caso, SCHREIBER (2013) transcreve o seguinte trecho do acórdão:

> Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta. A justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado (p. 17).

Superada a parte conceitual sobre os danos extrapatrimoniais, aqui tratados como uma ofensa direta e objetiva aos direitos da personalidade, importante analisar a reparação de tais danos, já que, conforme dito no introito do presente estudo, tal reparação nem sempre foi aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira.

A princípio, a comprovação dos danos morais era impossível de ser feita em juízo, pois, como dito, eram confundidos com dor, elemento psicológico e subjetivo. Somente com a conceituação do dano moral como violação de interesses tutelados pela legislação é que se vislumbrou uma maior facilidade na reparação.

Todavia, foi a Constituição Federal de 1988 que chancelou a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais, passando a doutrina e a jurisprudência a discutir a natureza dessa reparação.

A reparação civil, de maneira geral, possui três funções: uma compensatória, objetivo básico da mesma, cuja finalidade é retornar o *status a quo ante;* uma punitiva, gerando uma punição ao ofensor pela ausência de cautela na prática de seus atos; e uma função de desmotivação social da conduta lesiva, que é a de tornar público que condutas semelhantes não sejam toleradas (STOLZE, 2014, p. 44).

O fato é que, ao contrário da reparação material, em que o retorno ao estado anterior ao da lesão se dá pela obtenção do montante ou coisa lesada, na reparação extrapatrimonial, a lesão à personalidade da vítima é quase sempre irreparável (SCHREIBER, 2013, p. 17), havendo portanto, a compensação pelos danos, cujo objetivo é, para a atual visão jurisprudencial, a atenuação da dor resultante da ofensa aos direitos da personalidade.

Não se pretende neste trabalho o aprofundamento sobre a natureza da reparação do dano extrapatrimonial, mas sim demonstrar que, muito embora haja defensores da tese de que tal reparação tenha caráter punitivo, é quase uníssono o entendimento de que sua principal função é a de amenizar o sofrimento da vítima do dano através de uma compensação.

É exatamente no que tange à compensação que se encontra o cerne da presente pesquisa. Conforme já exposto, a responsabilidade civil caminha no sentido de, com amparo constitucional, reconhecer novos interesses merecedores de tutela e com isso a compensação pelos danos sofridos diante de sua violação. Ao mesmo tempo, como quase que única forma de compensação, a indenização em dinheiro (SCHREIBER, 2013, p. 18).

A abertura para a compensação pelos danos extrapatrimoniais deu-se pela esfera patrimonialista, mediante a fixação de indenização em face da gravidade do dano, aferida em face das condições pessoais da vítima. Como consequência, há o crescente temor "de que o imenso oceano de novos interesses extrapatrimoniais deságue em ações frívolas voltadas à obtenção de indenização pelos acontecimentos mais banais da vida social" (SCHREIBER, 2015, p. 195).

Não é exagero afirmar que o método tradicional da reparação extrapatrimonial é o pecuniário. Como será demonstrado no próximo tópico, não existe somente uma forma – a pecuniária – de reparação dos danos extrapatrimoniais.

Convém, citar o curto, porém importante trecho que o professor Anderson Schreiber (2013) chama a atenção:

> A maioria dos advogados também não parece interessada em pleitear a compensação não pecuniária. Para combater a insuficiência inevitável das somas de dinheiro, tem se argumentado que a responsabilidade civil deve exercer uma função punitiva, que garanta à vítima... mais dinheiro (p. 19).

3. A REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Como já mencionado, muito embora a jurisprudência brasileira evolua a passos lentos nesse sentido, a reparação pecuniária não é a única forma de reparação dos danos extrapatrimoniais.

Um dano pode ser reparado direta ou indiretamente. Este representa o pagamento de uma quantia ou cumprimento de obrigação que sirva para chegar à um estado próximo do que existia antes, e aquele consiste na possibilidade de retomada integral do "status ante a quo" ao evento lesivo, tratando-se da dita reparação "in natura" (SCHREIBER, 2002, p. 18).

Muito embora haja aqueles que defendam a inviabilidade da reparação "in natura" para os danos extrapatrimoniais, em importante julgamento feito no Recurso especial 959.569-SP, o STJ reconheceu a possibilidade de tal tipo de reparação, conforme voto prolatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

> A controvérsia situa-se em torno do modo de reparação dos danos morais por ela sofridos. A reparação dos danos extrapatrimoniais, sofridos por pessoa física ou por pessoa jurídica, pode ser natural ou pecuniária.

Relembra o Douto Ministro que a reparação natural, consiste na tentativa de se recolocar o lesado no mesmo estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, e pelo fato dos prejuízos extrapatrimoniais não possuírem conteúdo econômico, em regra não admitem a possibilidade deste tipo de reparação.

Lembra ainda o Ministro que, muito embora a regra no direito brasileiro seja a da reparação pecuniária, as duas formas (natural e pecuniária), não são excludentes entre si, devendo ambas serem conjugadas para a proximidade daquilo que ele denomina "princípio da reparação integral".

Todavia, parece que a imensa maioria das cortes pátrias, muito embora reconhecendo outras formas de reparação dos danos extrapatrimoniais, continua a compensar os danos morais exclusivamente por meio de uma indenização em dinheiro (SCHREIBER, 2013, p. 19).

Os problemas decorrentes da exclusividade da indenização pecuniária na reparação dos danos extrapatrimoniais são inúmeros. O próprio professor Anderson Schreiber (2015) adverte que a manutenção e um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o o valor correspondente (SCHREIBER, 2015, p. 196).

Outro problema dessa tradição patrimonialista no trato deste tipo de reparação decorre de uma visão mercantilista da ideia de danos extrapatrimoniais, criando a sensação de nivelamento dos atributos humanos. Prova disto foi a emblemática tabela publicada em matéria jornalística pelo Superior Tribunal de Justiça (2009), onde a corte fixa valores de indenizações para variados tipos de danos.

Por fim, uma análise isenta da jurisprudência revela que, nos ordenamentos de "civil law", o valor das indenizações monetárias por dano moral tem se mantido, em geral, baixo. E o valor irrisório da compensação, na maioria das vezes, é sentido pela vítima como nova afronta à sua dignidade (SCHREIBER, 2015, p. 197-198).

Daí a conveniência de substituir o pagamento, ou fazê-lo acompanhar-se de medidas de retratação e de publicidade da reparação, que efetivamente compensem o desvalor moral. A solução para tais problema, é a aproximação da figura da reparação "in natura" ao dano extrapatrimonial, conforme aponta a doutrina:

> Com o objetivo de enfrentar estas dificuldades, diversas culturas jurídicas vêm experimentando, ainda que de forma tímida, um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação. As infindáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação (SCHREIBER, 2015, p. 196).

A reparação não pecuniária não somente garante uma maior aproximação do que seria a reparação "in natura", e por consequência o retorno ao "status a quo ante" e garantia do "restitutio in integrum" (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 231), mas também possibilita "fazer frente ao já aludido processo de mercantilização das relações existenciais" (SCHREIBER, 2015, p. 198).

A conclusão a que se chega é de um inegável ocaso da antiga tradição de a responsabilidade civil resulta sempre e exclusivamente em indenização em dinheiro, passando, a lentos passos, a dar lugar à tendência de formas alternativas de reparação que, somadas ou não à pecúnia, garantam uma maior reparabilidade ao dano sofrido.

No âmbito da justiça do trabalho, onde a responsabilidade civil é amplamente utilizada para a solução dos mais variados tipos de conflitos, a necessidade de uma reparação não pecuniária é não só recomendada, mas necessária.

Ao citar exemplos de aplicações das reparações não pecuniárias no âmbito da responsabilidade civil, o professor Anderson Schreiber, em duas de suas obras citadas nesse estudo, utiliza ambiente trabalhista para melhor conjecturar tal possibilidade:

> Imagine-se, por exemplo, o dano extrapatrimonial decorrente de assédio moral no ambiente de trabalho (o chamado mobbing, do qual já se tratou acima). Em tais casos, a condenação do empregador a afixar um pedido de desculpas ao empregado no próprio ambiente de trabalho pode reparar de modo mais eficiente a lesão à reputação da vítima do que uma quantia de dinheiro entregue friamente por um preposto do réu no ambiente "secreto" de uma sala de audiências (SCHREIBER, 2015, p. 201).
>
> Tem-se como exemplo a situação do empregado que, humilhado pelo empregador no ambiente de trabalho, decide promover ação judicial com o legítimo propósito de ver reparado o dano que sofreu em sua honra. É certo que a atribuição de um valor financeiro tem efeito benéfico sobre a vítima, mas compensação ainda mais ampla pode ser alcançada, além da indenização em dinheiro, se o empregador for condenado, por exemplo, a afixar no espaço de trabalho pedidos públicos de desculpas ao ofendido (SCHREIBER, 2013, p. 18).

Trazendo à baila todo o exposto até aqui, tem-se que a preocupação na responsabilidade civil, pela nova tratativa constitucional, é buscar uma reparação que, de certa forma, seja a mais plena possível, sobretudo na justiça obreira, onde os interesses em jogo comumente tratam de Reclamantes hipossuficientes. Como muito didaticamente exposto por DALLEGRAVE NETO (2014), "se fui caluniado, quero ser retratado. Se fui ofendido e difamado na empresa, quero que a empresa se retrate. Isso também é um pouco de retorno ao *status a quo ante*, está dentro do paradigma da reparação integral" (p. 231).

O professor palestrante, traz ainda como exemplos da aplicação da referida reparação na justiça obreira:

> Trago esta ementa aqui para demonstrar alguns casos rápidos do que seria essa prestação in natura. Por exemplo: '(...) Custeio de tratamento medico. (...) é pertinente o deferimento (...) porque representa a melhor expressão da obrigação de indenizar, se comparada à condenação de pagar numerário, nem sempre empregado com esse proposito'. Então, aqui está um exemplo: a empresa custear plano medico. Ainda há outro exemplo: a empresa suportar a realização de uma cirurgia plástica reparadora. Em vez de dar

> o dinheiro, colocar uma circunstancia ou um tipo de condenação para que, efetivamente, seja realizada essa cirurgia reparadora (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 232).

Como bem lembrado por DALLEGRAVE NETO (2014), "os advogados gostam da monetização, o reclamante gosta da monetização, as pessoas querem dinheiro" (p. 230), desta maneira, não é de esperar que as partes busquem na prática a reparação não pecuniária dos danos, não sendo temerário concluir que, caberá ao judiciário trabalhista a tarefa de impor tal modalidade de compensação.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, inserida no ramo do direito civil, sofreu verdadeira mutação após o advento da Constituição de 1988, sobretudo no que tange aos danos extrapatrimoniais.

Com isto, novos interesses passaram a ser tutelados pelo ordenamento jurídico, trazendo a possibilidade de que a lesão a tais interesses, mereçam reparação. Todavia, com a abertura do rol de direitos da personalidade tutelados pela responsabilidade civil, somado ao método de reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais, corolário da atual visão patrimonialista do instituto, acabaram por causar mais problemas do que soluções, sobretudo o afastamento da reparação integral, sem contar a mercantilização do dano moral.

Por tal motivo, a doutrina aponta o caminho da despatrimonialização da reparação do dano moral, resolvendo os problemas causados pela visão meramente patrimonialista clássica da responsabilidade civil, sobretudo o da não reparação efetiva.

Assim, a busca pelos meios não pecuniários, sobretudo na justiça trabalho, área do direito em que há uma maior fragilidade e desilgualdade nas relações, trará uma maior efetividade na reparação dessa espécie de dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Reparações não patrimoniais dos danos morais**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 80, n. 1, p. 225-233, jan./mar. 2014.

FACCHINI NETO, Eugenio. WESENDONCK, Tula. **Danos existenciais: "pacificando" lagrimas?** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 12, p. 229-267, ju/dez, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo código civil**. Revista Trimestral do Direito Civil, a. 3, v. 12, p. 18, out./dez. 2002.

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. In: Superior Tribunal de Justiça. Sala de Notícias. 13 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=936 79>. Acesso em: 01 abr. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 49, p.11, jan./mar. 2012.

PRIMEIRA INFÂNCIA NO PROGRAMA CRIANÇA FELIZ

Claudia Aparecida da Silva Pires
Lohany Dutra Amorim
Felipe Dutra Asensi

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade é marcada pela desigualdade econômica e social e pelas inúmeras carências de recursos em algumas comunidades. Essas diferentes formas de desigualdade podem colocar os usuários do serviço social cada vez mais distante dos seus direitos.

Nessa perspectiva, a Assistência Social vem registrando as maiores mudanças no Brasil, que ocorreram em três momentos especiais*: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a aprovação da lei Orgânica da Assistência Social e a instituição do Sistema Único de Assistência Social (SUAS)*, um novo modelo de gestão, que organiza as ações socioassistenciais, redesenhando responsabilidades e competências para Municípios, Estados e União.

A Política de Assistência Social não tem caráter contributivo e é direcionada para quem dela necessitar, tentando reduzir a desigualdade social. Nesse sentido desenvolveremos investigações sobre a implementação e desenvolvimento do Programa Criança Feliz no município de Petrópolis.

Um dos caminhos para reduzir essa desigualdade social existente no país é a construção de uma rede social de serviços integrados(educação, saúde e social) e programas que contribuam para o empoderamento dos cidadãos.

Nessa direção, na tentativa de possibilitar melhor compreensão acerca das perspectivas e desafios suscitados pelo processo de implantação do Programa Criança Feliz elaborou-se o presente trabalho, junto a Secretaria de Assistência Social, no município de Petrópolis, que visa a aproximação dos usuários do Bolsa Família, que muitas vezes por dificuldades financeiras não buscam seus direitos nos CRAS de referência.

Este Programa foi lançado em 05 de outubro de 2016, uma iniciativa do Governo Federal para ampliar a rede de atenção e o cuidado integral com a primeira infância, mas somente foi implantado no município de Petrópolis em Janeiro de 2018. Surge como uma importante ferramenta para que as famílias com crianças entre zero e seis anos ofereçam aos seus filhos instrumentos para promover seu desenvolvimento cognitivo, emocional e psicossocial.

Conforme o Guia de Políticas Públicas e Programas do Ministério de Desenvolvimento Social e Agrário (2017), os primeiros anos de vida são o período com a maior "janela de oportunidades" para o desenvolvimento humano integral. O que a criança aprende na primeira infância serve de base para tudo o que ela aprenderá ao longo da vida. Cada fase depende da anterior para que funções cada vez mais complexas possam ser realizadas, numa sequência de construções e aquisições de novas habilidades, de forma contínua, dinâmica e progressiva.

Antes de entrar na escola, a criança já tem suas bases de aprendizagem estruturadas. Assim, as que são privadas das condições de desenvolvimento infantil integral, como um ambiente seguro e protegido, vínculos afetivos estáveis, nutrição adequada e estímulos sociais, cognitivos e motores, terão possivelmente maior dificuldade de aprendizagem e menores chances de inclusão social.

É um grande consenso a necessidade de se investir no desenvolvimento humano, além do crescimento econômico e do enfrentamento das desigualdades sociais. Muitos países adotaram como principal estratégia para promoção do desenvolvimento humano concentrar esforços na saúde, na educação infantil e nos cuidados das crianças, especialmente na primeira infância- faixa etária que vai de zero a seis anos.

Os princípios básicos da Neurociência indicam que oferecer condições favoráveis ao desenvolvimento infantil é mais eficaz e menos custoso de que tentar tratar as consequências das adversidades iniciais mais tarde.

Para tal, uma abordagem equilibrada ao desenvolvimento- emocional, social, cognitivo e de linguagem permitirá que todas as crianças cresçam mais preparadas para o sucesso da escola e, posteriormente, na própria família, no trabalho e na comunidade.

A importância das políticas públicas para a atenção à Primeira Infância foi recentemente reconhecida no Brasil pela Lei 13.257/2016- o Marco Legal da Primeira Infância. A legislação ressalta a necessidade da integração de esforços da União, dos Estados, dos municípios, das famílias e da sociedade no sentido de promover e defender os direitos das crianças e ampliar as políticas que promovam o desenvolvimento integral da primeira infância.

O Programa Criança Feliz foi criado para reforçar a implementação do Marco Legal da Primeira Infância e promover, assim, o desenvolvimento integral das crianças na primeira infância fortalecendo as competências da família, para que elas fortaleçam as competências de suas crianças, buscando contribuir para a quebra do ciclo da pobreza, a redução da violência, a diminuição da evasão escolar, entre outros ganhos sociais.

Tem como objetivo demonstrar que apesar dos procedimentos e funcionamento da equipe do Programa Criança Feliz, não existe uma integração entre os equipamentos e as Secretarias do Município de Petrópolis para que a implementação seja efetiva.

Pesquisa descritiva, com estudo empírico e bibliográfico, na cidade de Petrópolis, estudo realizado de janeiro de 2019 a dezembro de 2019, estarão sendo analisados os dados coletados nos equipamentos da Secretaria de Assistência Social.

No primeiro tópico será explicado como a Assistência surgiu no Brasil, sua história, desenvolvimento e sua abordagem.

No segundo tópico será explicado o que significa o Programa Criança Feliz, como ele foi implantado e as técnicas utilizadas.

1 O QUE É A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social é organizada em um sistema descentralizado e participativo denominado Sistema Único de Assistência Social(SUAS). No Suas, as ações da assistência social são organizadas tendo como referência o território onde as pessoas moram, considerando suas demandas e necessidades.

As ações da assistência social no Suas são organizadas em dois tipos de proteção: Básica e Especial, e desenvolvidas e/ou coordenadas pelas unidades públicas: *Centros de Referência Social*(CRAS), *Centro de Referência Especializados de Assistência Social*(CREAS) e *Centros de Referência Especializado para a População em situação de Rua*(Centro Pop) e de forma complementar, pela Rede Socioassistencial Privada do Suas. Tem gestão descentralizada, os Entes compartilham entre si as tomadas de decisão e de responsabilidades (MDS, 2017).

Em 2006, foi pactuado o Índice de Gestão Descentralizada do Programa do Bolsa Família(IGDM/PBF), com foco na gestão municipal, cujo objetivo foi financiar a melhoria da gestão do Programa Bolsa Família e do Cadastro Único.

A Portaria MDS 256/2010, estabeleceu critérios e procedimentos para transferências de recursos financeiros para os Estados, para terem condições materiais adequadas para as atividades de gestão do Bolsa Família.

1.2 CIT e CIB

O processo de Gestão do SUAS, conta com instâncias de pactuação: a Comissão Intergestores Tripartite(CIT) e as Comissões Intergestores Bipartite(CIB).

CIT é o espaço de articulação e expressão das demandas dos gestores federais, estaduais e municipais, negocia e pactua sobre aspectos operacionais da gestão do Suas. A CIT é constituída por três esferas:a União, representado pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Agrário; os Estados, representado pelo Fórum Nacional de Secretários de Estado de Assistência Social(Fonseas); e os municípios, representados pelo Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social(Congemas) (MDS, 2017).

CIB consiste na instância estadual destinada à interlocução de gestores, com representantes do Estado, indicados pela Secretaria Estadual de Assistência Social e por representantes dos municípios, representados pelo Colegiado Estadual de Gestores Municipais de Assistência Social(Coegemas) (MDS,2017).

Além das comissões, temos as conferências e os conselhos, que preveem um caráter participativo e deliberativo, com composição paritária entre governo e sociedade civil, previstos na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Assistência Social(LOAS). Para receber recursos o município precisa ter o Conselho de Assistência Social, o Fundo e o Plano municipal de assistência social, conforme art. 30 da Loas.

1.4 PROTEÇÕES SOCIAIS DO SUAS

Existem duas divisões na Assistência Social:

A)PROTEÇÃO BÁSICA, a Proteção Social Básica é o conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social estruturados para prevenir situações de vulnerabilidade e risco social, buscando a inserção de famílias e indivíduos na rede socioassistencial e em outras políticas setoriais, visando ao fortalecimento de vínculos familiares e comunitários e a superação dessas situações (MDS, 2017). Que se sub-divide em: **CENTRO DE REFERÊNCIA –CRAS-** O Centro de Referência da Assistência é uma unidade pública da assistência social, em área municipal em locais em que há uma maior vulnerabilidade populacional e serve para a prestação de serviços assistenciais. **PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRADA DA FAMÍLIA – PAIF**; o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família(PAIF) deve ser oferecido em todos os Centros de Referência da Assistência Social(Cras) de forma continuada e tem finalidade apoiar as famílias e fortalecer sua função protetiva, prevenindo a ruptura de laços, promovendo o acesso a direitos e contribuindo para a melhoria da qualidade de vida (MDS, 2017); **SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA**, é um serviço de Proteção Básica do Sistema de Assistência Social(Lei nº 12.235/2011), referenciado ao Cras e articulado ao PAIF. Tem por objetivo prevenir e proteger os usuários de riscos e violações de direitos, por meio do fortalecimento de seus vínculos familiares e comunitários. É um serviço organizado em grupos de convivência e percursos que consideram o ciclo de vida dos usuários. Os grupos de convivência são reuniões de usuários reunidos por faixas etárias, para participar de encontros, ações e atividades com função preventiva e proativa em relação aos seus direitos, com vistas ao fortalecimento de seus vínculos familiares e comunitários (MDS, 2017); **BENEFÍCIOS EVENTUAIS, o**s bene-

fícios eventuais são provisões suplementares e provisórias, que integram organicamente as garantias do SUAS. Estão previstos no art. 22 da Lei Orgânica de Assistência Social(LOAS) e regulamentos pela Resolução nº 212, de 19 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Assistência Social(CNAS), e pelo Decreto nº 6.307, de 14 de dezembro de 2007. Tais benefícios devem ser prestados pelos municípios e Distrito Federal aos cidadãos e às suas famílias com impossibilidade de arcar, por conta própria, com o enfrentamento de adversidades temporárias. A prestação e financiamento dos benefícios eventuais estão na esfera de competência dos municípios e do Distrito Federal, como responsabilidade de cofinanciamento pelos Estados (MDS, 2017). **CARTEIRA DO IDOSO**, é um documento emitido pelo MDSA e fornecido pelas Secretarias Municipais de Assistência Social, destinados à pessoa idosa que possua renda igual ou inferior a dois salários mínimos e que não tenha meios de comprovação de renda. A carteira possibilita o desconto de, no mínimo, 50% no valor de passagens rodoviárias, ferroviárias e aquaviárias interestaduais, ou o acesso a duas vagas gratuitas por veículos (MDS, 2017); **BPC**, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um benefício da política de assistência social e não precisa do beneficiário contribuir. Está elencado na Constituição Federal de 1988 e regulamentado na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas – Lei nº 8.742/93), e em normativas de caráter operacional. O benefício fornece um salário mínimo todo mês para pessoas idosas com 65 anos ou mais e pessoas com deficiência, cuja renda familiar por pessoa seja inferior a 1/4 do salário mínimo por mês e quem financia esse benefício é o governo federal (MDS, 2017).

B) PROTEÇÃO ESPECIAL: A Proteção Social Especial organiza a distribuição de serviços, programas e projetos de caráter especializado, para as famílias ou pessoas com vulnerabilidades, a exemplo: com violação de direitos. A Proteção especial ajuda essas pessoas a enfrentar as situações de riscos causados pela violação de direitos. (MDS, 2017).

Tem dois níveis de complexidade: Média Complexidade e Alta Complexidade. **MEDIA COMPLEXIDADE,** Organiza a oferta de serviços, programas e projetos de caráter especializado que requerem maior estruturação técnica e operativa, com competências e atribuições definitivas, destinados ao atendimento a famílias e indivíduos em situação de risco pessoale social, por violação de direitos. São 03 tipos de unidades: ***Cen-***

tro de referência especializado da Assistência Social – CREAS, o Creas é uma unidade pública estatal da assistência social que tem como papel constituir-se em referência, nos territórios, da oferta de trabalho social especializado no Suas a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos. Os serviços de média complexidade estabelecidos na tipificação são: **Serviço de proteção e atendimento especializado a famílias e indivíduos – PAEFI**, oferece apoio durante todo o acompanhamento para as famílias que estão em situação de ameaça ou violação de direitos, ajudando assim, essas pessoas a saírem deste estado de vulnerabilidade (MDS, 2017); **PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL DE ALTA COMPLEXIDADE**, a Proteção Social Especial de Alta Complexidade oferece serviços especializados na segurança de pessoas afastadas temporariamente de seus núcleos familiares. Os serviços ofertados são o de acolhimento Institucional, o acolhimento em República, Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora e o Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências (MDS, 2017).

2 -PROGRAMA CRIANÇA FELIZ

Conforme o Guia de Políticas e Programas, o Programa Criança Feliz tem o objetivo de promover o desenvolvimento humano a partir do apoio e acompanhamento integral das crianças na primeira infância e de suas famílias às políticas e serviços públicas de que necessitem (MDS, 2017).

O programa também irá ajudar a gestante e a sua família na preparação para o nascimento da criança, além de oferecer cuidado com a criança desta gestante em situação de vulnerabilidade da gestação aos seis anos de idade.

O Programa Criança Feliz irá colaborar no exercício da parentalidade, ajudando no vínculo afetivo e o papel das famílias no cuidado, na proteção e na educação das crianças.

2.2 QUEM PODE PARTICIPAR E SUA IMPLEMENTAÇÃO

O Programa irá atender gestantes, crianças de até 03(três) anos e suas famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família. Também irá atender as crianças de até 06(seis) anos beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada(BPC) e suas famílias, além de crianças que foram afastadas do

convívio familiar por causa da aplicação de medida de proteção prevista no art. 101 da Lei nº 8.609, de 13 de julho de 1990, e suas famílias (MDS, 2017).

Implementação- após a publicação do decreto que instituiu o Programa Criança Feliz, foi criado em nível federal, o Comitê Gestor do Programa, com a Coordenação do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário e a participação dos Ministérios da Saúde, Educação, Cultura e Direitos Humanos. Esse comitê definirá a estratégia de capacitação dos multiplicadores, supervisores e visitadores domiciliares (MDS, 2017).

O Programa Criança Feliz agrega as políticas de assistência social, educação, cultura, saúde, direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, entre outras, tendo sua Coordenação na Secretaria Nacional de Promoção do Desenvolvimento Humano, do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS, 2017).

O CRAS sendo a unidade que oferta um conjunto de serviços socioassistenciais e faz a gestão territorial da Proteção Social Básica, portanto, tem um papel mobilizador e articulador muito importante nos territórios, o que favorece o acesso das famílias ao SUAS, deverá ser o principal acesso desses usuários ao Programa (MDS, 2017).

2.3 METODOLOGIA DO PROGRAMA

Os Pilares do Programa são as visitas domiciliares e as ações intersetoriais. As famílias participantes serão acompanhadas por uma equipe que são denominados como visitadores. Eles irão orientar sobre os cuidados essenciais durante os primeiros anos de vida de uma criança.

Essa ação estabelecerá um vínculo entre essas famílias e os serviços de assistência social, saúde, educação, cultura e defesa de direitos humanos já disponibilizados pela União, pelos Estados e pelos municípios.

Os visitadores avaliarão também o ambiente familiar como um todo, identificando fatores capazes de comprometer o desenvolvimento integral da criança, em caso positivo, as coordenadoras fazem uma visita de reconhecimento a residência para que a família seja assistida de forma mais técnica, com profissionais especializados, e construindo uma aproximação do CRAS de referência tentando suprir suas necessidades.

O Programa é composto de uma *Assistente Social e uma Psicóloga*, que acompanham semanalmente os relatórios das visitadoras(vinte e três), para viabilizar o aprendizado continuo das crianças assistidas e fazer a integração na Rede municipal das necessidades dessas famílias. Um dos primeiros passos da gestão municipal será definir quais unidades de CRAS serão referência para o Programa.

A Política de Assistência Social incorporou o conceito de família em seu plural. Isso significa reconhecer que não é possível considerar apenas o modelo tradicional de família, mas sim sua diversidade e pluralidade.

As famílias possuem recursos e potencialidades que devem ser identificados e fortalecidos, por isso a equipe do Programa Criança Feliz deverá sempre respeitar a autonomia das famílias e a dinâmica familiar no cuidado com suas crianças. Por essas questões é que o Criança Feliz mantém o foco do seu trabalho na família (MDS, 2017).

Papel do visitador e supervisor

Visitador- Resolução CNAS nº 9/2014. Educador Social/ orientador social/ cuidador social. (Ensino Médio), Resolução CNAS nº 17/2011. (Ensino Superior).

O visitador é a pessoa responsável pelo planejamento e também para realizar a visita domiciliar as famílias do Programa Criança Feliz, com apoio e acompanhamento do supervisor. Atribuições gerais: Observar os protocolos de visitação e fazer os devidos registros; consultar e recorrer ao supervisor sempre que necessário; registrar as visitas domiciliares; identificar e discutir com o supervisor demandas e situações que requeiram encaminhamento para a REDE (CRIANÇA FELIZ, 2017). Cada visitador acompanha até 30 famílias e cada técnico acompanha até 15 visitadores.

Supervisor- Técnico de Nível Superior, preferencialmente, psicólogo, assistente social, pedagogo, terapeuta ocupacional. O supervisor é o profissional responsável por acompanhar os visitadores para que os mesmos possam planejar o trabalho e as visitas domiciliares. Atividades específicas: Caracterizar e diagnosticar o território específico; Realizar reuniões semanais com os visitadores para planejar a visita domiciliar; Acompanhar os visitadores, caso necessário; Acolher, discutir e realizar encaminhamentos das demandas solicitadas, fazendo as devolutivas aos

visitadores; Realizar o registro das informações no Prontuário Eletrônico do SUAS (CRIANÇA FELIZ, 2017).

A partir do segundo trimestre de 2017, o repasse de recursos será baseado no registro das visitas domiciliares. A meta estabelecida pelo município de Petrópolis é de **700 usuários**.

2.4 LEGISLAÇÃO

Decreto nº 8.869 de 2016: Foi publicado no Diário Oficial, do dia 05 de outubro de 2016, o Decreto nº 8.869 que instituiu o Programa Criança Feliz.

Marco Legal da Primeira Infância: A Lei nº 13.257 foi publicada no Diário Oficial da União em 08 de março de 2016. Ela dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069/1941(Código Processual Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho(CLT), aprovada pelo Decreto- Lei nº 5.452/1943, a Lei nº 11.770/2008, e a Lei nº 12.662/2012.

Estatuto da Criança e do Adolescente: A Lei nº 8.069, publicada no dia 13 de julho de 1990, dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Plano Nacional pela Primeira Infância: Rede Nacional Primeira Infância entregou ao Governo Federal e à sociedade brasileira, em dezembro de 2010, uma sugestão de Plano Nacional da Primeira Infância, que propõe ações amplas e articuladas de promoção e realização dos direitos da criança de 06(seis) anos de idade nos próximos 12(doze) anos.

Convenção Internacional dos Direitos da Criança: o Decreto nº 99.710, publicado no dia 21 de novembro de 1990, promulgado a Convenção sobre os Direitos da Criança (MDS, 2017) .

2.5 A ACOLHIDA DA FAMÍLIA E AS VISITAS DOMICILIARES

A acolhida das famílias é o primeiro momento de encontro presencial da equipe do programa com a família. Nessa oportunidade serão repassadas as informações sobre o Criança Feliz, seus objetivos, funcionamento, formas de inserção e convite para a adesão as ações do programa. É importante o supervisor estar nesse momento de acolhida para supervisionar o primeiro momento (CRIANÇA FELIZ, 2017).

A acolhida da família deve ser planejada e organizada por uma maneira atenciosa e prestativa dos profissionais. Os mesmos devem cuidar para que as informações sejam repassadas de forma clara e em linguagem objetiva e acessível, durante todo o acompanhamento da família dessa criança (CRIANÇA FELIZ, 2017).

As visitas domiciliares consiste uma ação coordenada e direcionada específicamente, conforme orientações técnicas, para atenção à família, para o fortalecimento de vínculos familiares e o estímulo ao desenvolvimento da criança. Sendo assim, uma perspectiva de prevenção, de proteção e da promoção do desenvolvimento infantil na primeira infância para essas crianças atendidas.

Essas visitas são ações desenvolvidas pelos visitadores na residência da família dessas crianças incluídas no Programa. Elas representam uma estratégia de aproximação dos serviços com a família atendida e, por isso, favorecem um reconhecimento mais preciso das características de cada contexto familiar, e depois disso, resulta em propostas de intervenção individuais a cada realidade dessas crianças atendidas (CRIANÇA FELIZ, 2017).

Frequência das visitas : Mensal – para famílias com gestantes; Semanal – famílias com crianças, com ou sem deficiência, de 0 a 36 meses e Semanal ou Mensal- para famílias com crianças, de 36 a 72 meses incompletos, de acordo com a singularidade de cada família (CRIANÇA FELIZ, 2017). Observa-se que as visitas domiciliares há uma frequência adequada, proporcionando uma maior atenção a esses grupos vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o quantitativo atua, no programa feliz, em agosto de 2019 são de 448 usuários atendidos, pois como a idade máxima de atendimento de criança é até 03 anos, a perda da criança no Programa é muito rápida, pois muitos entraram com mais de 02 anos.

A buscativa feita pela Equipe do Programa tem sido o método mais eficiente para encontrar esses usuários, a buscativa, consiste em a equipe ir nos bairros batendo de porta em porta e explicando o Programa e seus benefícios.

Apesar de ser um Programa que não repassa valores para os usuários tem sido bem aceito as visitas e orientações, já que muitos dos usuários

não tem conhecimento de como brincar e orientar seus filhos. Esse programa é um braço da Assistência Social no território.

O Cras deveria ser a principal forma de entrada dos usuários, porém esse equipamento nem tem feito um trabalho completo, conforme ordem da secretaria e do Ministério de Assistência Social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS.** Brasília, 2004.

_____.Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. **Norma Operacional Básica: NOB/SUAS.** Brasília, Jul. 2005.

_____.**Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Norma Operacional Básica de Recursos Humanos: NOB/RH.** Brasília. Dez. 2006.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Governo Federal, **CAPACITAÇÃO DO MDS.** Módulo 5 - Brasília: 2005. Disponível em 14 DE SETEMBRO DE 2019.

Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 2003.

CRIANÇA FELIZ. **Guia para visita domiciliar.** 2017. Disponível em: < https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/crianca_feliz/guia_visitador_PCF_versoweb_2.pdf> Acesso: 10 ago. 2019

MDS. **Guia de Políticas e Programas.** 2017. Disponível em: < https://www.mds.gov.br/webarquivos/pecas_publicitarias/banner/_guiadepoliticas_MDSA_online.pdf > Acesso: 10 ago. 2019

"INVASÕES" URBANAS E SANEAMENTO: BELÉM E SUAS "BAIXADAS"

Mozart Victor Ramos Silveira

INTRODUÇÃO:

Com a explosão do crescimento urbano no Brasil muitas mudanças foram perceptíveis: infraestrutura urbana defasada, péssimas condições de moradia, precários indicadores sociais. Esse contexto tem levado a população mais pobre às periferias e com significativas perdas. Talvez um dos maiores prejuízos aos moradores dessas áreas sejam as precárias condições de saneamento básico. Nesse ponto, a região norte do Brasil apresenta contradições latentes: existem os maiores reservatórios de água doce do mundo, na bacia amazônica, mas ainda assim, a sua população urbana é a que tem o pior acesso à água potável, comparando-se com as demais regiões do Brasil. Belém (Pará) não foge à regra, enquadrando-se também nessa realidade.

O presente artigo propõe-se a fazer reflexões acerca do saneamento básico como serviço público na cidade de Belém do Pará através de um olhar interdisciplinar e uma articulação crítica. Entendemos que essa visão se faz importante, uma vez que a problemática apresentada ficaria unidimensional se restrita a apenas um campo do conhecimento. A interdisciplinaridade faz com que o pensamento jurídico saia dos frios tribunais e encontre em mapas geográficos e análises sociológicas em uma visão mais ampla, sem perder de vista o rigor científico.

Nesse sentido, por se tratar da questão urbana em um país latino-americano, entendeu-se como necessário, encontrar teorias que explicam o modelo de cidadania e urbanização. Após isso, é apresentada, de maneira breve, apontamentos quanto à ocupação urbana da cidade de Belém, com suas especificidades e procurando fundamentação na teoria do direito à cidade de Lefebvre. Finalmente, estuda-se a fragmentação do tecido sociopolítico-espacial relacionando-o à falta de acesso a serviços públicos, em especial os relacionados ao saneamento e distribuição de água. Ou seja, a análise será feita partindo-se de um marco teórico e geográfico mais amplo, passando-se por uma escala mais regional até analisar-se no âmbito local. Com isso, espera-se, ao relacionar esses temas, encontrar ferramentas e saídas para a garantia do direito à cidade a todos os cidadãos, em especial no que se refere ao saneamento básico.

1. CIDADANIA E URBANIZAÇÃO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

O termo cidadania pode ter as mais diversas interpretações. Em diferentes planos da vida social ou domínios científicos, a noção do termo muitas vezes é justaposta a outros conceitos como exemplo: cidadania e cultura, cidadania e história, cidadania e cidade. Por meio dessa aglutinação de conceitos, as noções de justiça, equidade, ética ou direitos civis emergem no mundo social. Desse modo, fica claro que cidadania é uma noção demasiadamente ampla, sem contornos bem definidos. Então, para que se possa compreender o presente, é fundamental o esforço no sentido de se buscar as categorias históricas, ou seja, é necessário entender o que se passou como uma variável que se iniciou em um período determinado e reflete-se no atual período. Por isso, é no interior de estruturas sociais que se reconhecem as categorias da realidade que serão analisadas.

Do ponto de vista espacial, pensar a cidadania é vê-la como um fluxo que não é uno. No mundo helênico, local de origem da expressão, tratava-se de uma relação social, mas não somente isso. Era um novo arranjo espacial das relações. Desse modo, o poder do cidadão emerge do confronto dos habitantes da cidade-estado, Atenas, contra o poder rural de oligarquias que controlavam a produção das riquezas da sociedade (GOMES, 2002). Nesse contexto, é importante ter-se em nota que a cidada-

nia grega era extremamente valorizada devido à luta pela reorganização do poder, que era travada entre os *genos* e as *fatrias* e suas formas de solidariedade, baseada em laços sanguíneos. Como produto dessa luta, originou-se a pólis ateniense. Uma característica fundamental desse novo arranjo espacial é a legitimação do exercício do poder por critérios baseados em lógica racional e princípios da não-contradição (GOMES, 2002). Apesar disso, na *pólis* apenas parcela da população eram os detentores de direitos políticos, os cidadãos. Para entender os limites da cidadania helênica, devemos notar que uma parte significativa da população não gozava desse *status* político: mulheres, comerciantes, artesãos, estrangeiros e escravos não eram cidadãos. Nada obstante, mesmo com essas evidentes contradições, a democracia direta entre os cidadãos funcionava de maneira exemplar, inexistindo figuras como o político profissional, com a maioria dos cidadãos envolvidos nas atividades da administração pública (SOUZA, 2006). Ou seja, a cidadania, seria uma conquista na evolução do espírito humano, valorizando-se instituições impessoais e não patrimoniais. Mesmo com o apogeu grego, a decadência e a consequente perda de poder de Atenas deram-se como um produto da fragmentação espacial, então

> Assim, parece que podemos afirmar sem medo que, a despeito do pouco relevo explícito da questão territorial no discurso de alguns especialistas sobre a questão da cidadania, o território sua dinâmica, sua configuração, sua constituição e natureza são assinalados como elementos fundamentais na redefinição das relações políticas. A democracia começa quando uma divisão territorial das tribos é adotada, segundo a maior parte dos historiadores, e termina ou se enfraquece, segundo alguns, pela excessiva fragmentação também territorial (GOMES, 2002, p. 134).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a democracia e a cidadania têm sua gênese a partir de uma reorganização do território. É importante destacar que as usuais concepções modernas e contemporâneas de cidadania têm suas origens em construções históricas da Europa ou dos Estados Unidos da América, adaptadas a outros contextos.

Na cultura jurídica dominante, os agentes e seus discursos epistemológicos constitucionais baseiam-se, em grande parte, no período europeu

do pós-segunda guerra, levando-nos à falsa impressão de que o passado do velho mundo coincide com as conjecturas do continente latino-americano. Desse modo, aplicam-se teorias de contextos diversos acerca das constituições dos séculos XIX às leis constitucionais dos países latinos do mesmo período. Nesse caso, é útil empregar concepções de Foucault (1987), para identificar essa delimitação do conceito de cidadania. Então, sem examinar o conceito como discurso, não se pode compreender o conceito por completo, restringindo-se aos moldes do que a cultura europeia conseguiu administrar político, sociológico e cientificamente a cidadania. Em outros termos, a noção de cidadania não é um tema isento de pensamento e ação, mas relaciona a toda uma rede de interesses que a valoriza e prestigia como tal. Não se está negando as influências e a necessidade desses estudos, mas é preciso atenção, desse modo, à aplicação dos conceitos. Um desprendimento às amarras do progresso de qualquer sociedade ao modelo de desenvolvimentismo social no paradigma de industrialização dos países europeus. Do mesmo modo que também não é possível o isolacionismo, uma vez que a globalização é uma realidade (SANTOS, 2011) e é o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista. Tendo isso em mente, entende-se que a modernização do continente latino assumiu características específicas em relação aos modelos ditos como universais. Nos países de capitalismo periférico tivemos uma urbanização diferenciada dos padrões ocidentais.

Sabe-se que a cidade é anterior à industrialização, mas a industrialização é responsável por caracterizar a sociedade contemporânea. As cidades, no passado, apoiaram comunidades de camponeses e auxiliaram na sua libertação. Muitos benefícios dos centros urbanos, locais de vida social e política acumulam não apenas riquezas *in natura*, mas também conhecimentos, técnicas e obras de arte e monumentos (LEFEBVRE, 2001). Um antigo ditado alemão diz que "o ar da cidade liberta". O pensamento foi reforçado com a saída dos servos dos campos medievais para a cidade, nas quais podiam reivindicar liberdades pessoais e políticas que eram mais amplas no ambiente urbano. A associação da vida citadina às liberdades pessoais data um longo período, uma vez que muitos migrantes buscavam as cidades como ambiente menos hostil que o campo medieval europeu. "A cidade aparece, então, como uma semente de liberdade; gera produções históricas e sociais que contribuem para o desmantelamento do feudalismo" (SANTOS, 2014, p. 59).

Nessa transição do sistema feudal para o capitalista, com o enrijecimento dos burgos (cidades), a burguesia era a classe revolucionária, ao se opor à aristocracia. Muitos consideram que em seus primórdios, o capitalismo é revolucionário na história humana pois, dentre outros fatores, aumentou o número de pessoas a habitar a cidade, dando caráter transformador e crescendo o livre trabalho (SANTOS 2014). Um reflexo da implementação do capitalismo, com a abolição da escravatura e a formação de classes sociais, foi ampla migração das zonas rurais para os centros urbanos.

A urbanização não se deu de maneira uniforme em todo o mundo. No caso da América do Sul, houve ampliação expressiva da cidade e da grande urbanização (PRADO; PELLEGRINO, 2018). Entretanto, como houve pouca industrialização, as cidades que surgiram foram constituídas por enormes áreas de favelas. As antigas estruturas agrárias se extinguiram, resultando em camponeses sem posses migrando para as cidades em busca de trabalho e condições mínimas de vida (LEFEBVRE, 2001). Internamente, a repartição geográfica também teve diversas mudanças. Regiões perdem população e outras crescem, tornam-se mais dinâmicas. Mas o ponto fulcral desse movimento se deve à urbanização. Analisando o fenômeno, a difusão de grandes cidades se deu de maneira surpreendente nos países pobres. A urbanização criou dinâmicas, contudo, na sistemática da América Latina, e mais especificamente no Brasil, a formação desses centros urbanos teve como principal regente não a burguesia em ascensão, como ocorrera na Europa, mas sim os tradicionais grupos oligárquicos, que foram os viabilizadores da constituição dos anos de 1880, de um Estado com esse novo perfil. O contexto da proclamação da república no Brasil não é das revoluções da classe burguesa, como na França. O regime imperial estava desgastado e sem base social. Não havia apoio ao velho regime nem dos escravocratas e tampouco dos setores oligárquicos mais dinâmicos do setor do café, ou ainda, de bases sociais. Contudo, ainda assim, o republicanismo capitalista era uma corrente inexpressiva na política brasileira, tanto que dos 125 parlamentares da época dos anos 1889, apenas dois eram republicanos. O que acelerou o sentimento republicano foi o temor de que o imperador apoiasse um programa de reformas econômico-sociais (VILLA, 2011).

Desde o final do século XX, pode-se dizer que o território brasileiro está inteiramente apropriado. Com o aumento da densidade humana, a

natureza teve seu espaço reduzido. E não somente temos o fenômeno do êxodo rural, mas, mais fortemente atualmente, o êxodo urbano contribui fortemente para a metropolização. Essa mudança na dinâmica populacional se deu, dentre outras razões, pelas inovações tecnológicas na produção e circulação de informações, pessoas e mercadorias. Além disso, as novas formas de organização do trabalho agrícola levaram um número considerável de trabalhadores rurais para as cidades, dando origem à reserva de mão de obra, necessária ao capitalismo. Esse é um dos principais motivos pelos quais as grandes metrópoles conseguem atrair e reter um grande número de pobres.

"O número de grandes cidades aumenta. Em 1980 havia sete cidades contando entre 400 mil e 1 milhão de habitantes; em 1996 elas são 23, enquanto as cidades milionárias, que perfaziam seis em 1980, são 12 em 1996" (SANTOS, 2011, p. 258). Desse modo, assistimos aos fenômenos da metropolização complementado com uma espécie de desmetropolização, uma vez que o meio técnico-científico-informacional torna menos necessária a proliferação de numerosos pequenos núcleos habitacionais. Por causa do caráter tardio de formação de burguesia, na América Latina o Estado, em regra, figurou como elemento central, o que levou a um movimento de cima para baixo na formação da identidade nacional, viabilizando a expansão do capital internacional e incorporando um aparato burocrático-institucional sem relação com elementos de identidade, ou seja, sem a formação de uma noção democrática de cidadania (BELLO, 2018). Desse modo, a cidadania surgiu em grande parte da América Latina (inclusive no Brasil) de forma restrita e sem linearidade ou padrão dito como universal de democratização em sua formação, o que levou a realidades distintas do velho mundo.

2 A OCUPAÇÃO DO ESPAÇO URBANO DE BELÉM E O DIREITO À CIDADE

A produção espacial do espaço urbano é formada por um conjunto de articulações de diversos agentes responsáveis pela dinâmica da cidade, bem como por interesses que não são vistos de maneira muito clara. Dentre os fatores que podem ser elencados para demonstrar a formação urbana, temos alguns exemplos de agentes:

> a) o Estado e os agentes sociais excluídos; b) os agentes sociais excluídos e os candidatos a cargos políticos; c) o Estado e as empresas incorporadoras/construtoras; d) os agentes sociais excluídos e os proprietários fundiários. e) o Estado e os proprietários fundiários; f) os agentes financiadores e as incorporadoras (TRINDADE JÚNIOR, 1998, p. 32).

Nesse sentido, na configuração de uma metrópole da Amazônia, como é o caso de Belém, é possível visualizar uma gradativa mudança na sua forma espacial urbana. Se antes tínhamos uma cidade ribeirinha clássica, hoje temos novos modos de vida, decorrentes das desestruturações e mudanças de relações. No caso em tela, a forma compacta do espaço metropolitano vem gradativamente sendo substituída por diversos novos assentamentos por parte da população de poder aquisitivo mais baixo, além de um intenso processo de valorização do solo, o que se reflete na presente verticalização da cidade (TRINDADE JÚNIOR, 1997). De outro lado, as camadas pauperizadas, sem alternativas para manterem-se no seu anterior espaço buscam, por meio de práticas que podem ser lícitas ou não do ponto de vista do direito, terras para sua moradia e reprodução social. Aqui, incluem-se os aglomerados subnormais (invasões) e também conjuntos habitacionais produzidos pelos agentes produtores do espaço urbano.

Uma observação se faz importante, aglomerados subnormais é a maneira como tecnicamente institutos de pesquisa, no âmbito governamental tratam áreas de ocupações irregulares, comumente denominadas de favelas ou invasões, mas que é comumente denominada de baixada na capital paraense, devido à grande parte delas se localizarem em áreas próximas a igarapés ou canais, conforme pode-se observar na Figura 01. A nomenclatura apresenta "certo grau de generalização, de forma a abarcar a diversidade de assentamentos irregulares existentes no País, conhecidos como: favela, invasão, grota, baixada, comunidade, vila, ressaca, mocambo, palafita, entre outros" (IBGE, 2010, p. 26). Muitos desses aglomerados incluem não apenas os menos abastados materialmente, mas também as classes médias empobrecidas, obrigadas a morar em habitações mais afastadas ou de qualidade inferiores. Essas modificações não se dão de maneira voluntária, mas induzidas pela lógica do capital no espaço metropolitano.

Figura 01- Área de baixada em Belém, nas proximidades do canal do Tucunduba, no bairro do Guamá.

Fonte: Mozart Silveira.

Para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), só é possível utilizar as definições de aglomerados subnormais quando se estabelecem alguns padrões técnicos no enquadramento dessa categoria. Os utilizados no Censo 2010, são:

> O setor especial de aglomerado subnormal é um conjunto constituído de, no mínimo, 51 (cinquenta e uma) unidades habitacionais (barracos, casas...) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa. A identificação dos Aglomerados Subnormais deve ser feita com base nos seguintes critérios:
>
> a) Ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou

> em período recente (obtenção do título de propriedade do terreno há dez anos ou menos); e
>
> b) Possuírem pelo menos uma das seguintes características: urbanização fora dos padrões vigentes - refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos; e precariedade de serviços públicos essenciais.
>
> Os Aglomerados Subnormais podem se enquadrar, observados os critérios de padrões de urbanização e/ou de precariedade de serviços públicos essenciais, nas seguintes categorias:
>
> a) invasão;
>
> b) loteamento irregular ou clandestino; e
>
> c) áreas invadidas e loteamentos irregulares e clandestinos regularizados em período recente (IBGE, 2010, p. 22).

Belém apresenta características marcantes em relação à extensão das baixadas, uma vez que, dos 20 municípios brasileiros que apresentam significativa quantidade de domicílios em aglomerados subnormais, 12 apresentam predomínio das áreas com 1000 (mil) ou mais residências. Em Belém, esse número representa o incrível número de 88,6%. Fazendo uma comparação, conforme exposto na Figura 02, em Curitiba, no Paraná, de maneira contrária, a concentração de grandes áreas é de 16,6%.

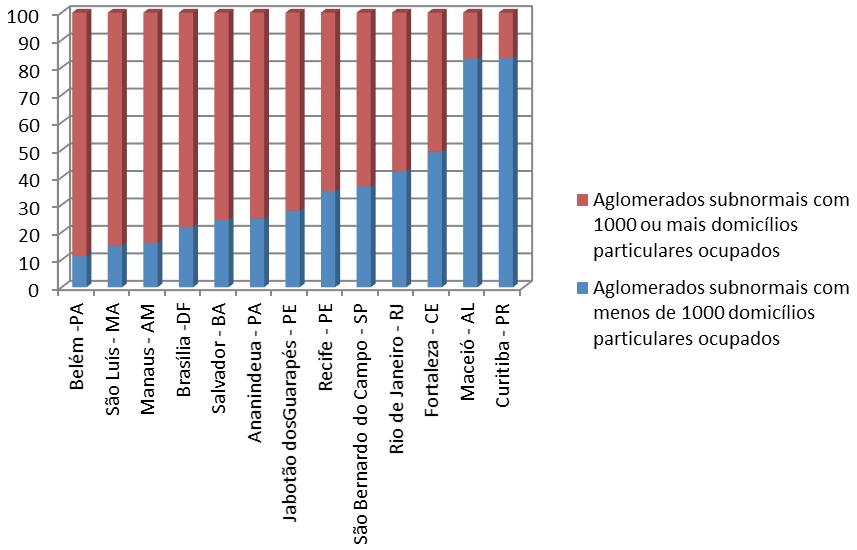
Como corolário da cidadania, a busca do direito à cidade deve ser constante, percebe-se que, inclusive no âmbito de órgãos governamentais, a regularização fundiária de interesse social é uma obrigação do poder público, que a deve implementar como um dos meios de concretizar direitos fundamentais, passando pelo direito à morada digna e chegando aos princípios da igualdade e também liberdade, conforme regras do constitucionalismo pátrio. O direito à cidade é muito mais que o simples direito a acessos individuais ou coletivos incorporados à cidade, é um direito de mudar e reinventar a cidade conforme nossos desejos.

Tal direito

> […] se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade. (LEFEBVRE, 2001, p. 134).

Ou seja, é o direito de todos de criar cidades que satisfaçam as necessidades humanas. Não se trata de um direito de ter o que sobra dos detentores dos meios de produção. É um direito inerente a todos de construir diferentes tipos de cidade, valorizando as subjetividades. Não é simplesmente o direito a utilizar o que já existe na cidade (HARVEY, 2009).

Figura 02- Distribuição percentual de domicílios particulares ocupados em aglomerados subnormais, por classes de tamanho dos aglomerados subnormais, segundo os municípios selecionados e respectivas Unidades da Federação – 2010.



Fonte: IBGE (2010).

No atual sistema, as elites do capital e do governo controlam a produção do espaço urbano, e aos cidadãos cabe um distante papel marginal nas decisões e alocações de serviços públicos. Esse modo de produção põe em xeque o direito à cidade e a própria noção de cidadania.

3 DA FRAGMENTAÇÃO DO TECIDO SOCIOPOLÍTICO-ESPACIAL À FALTA DE ACESSO A SERVIÇOS PÚBLICOS

O ideário de direito à cidade relaciona-se com a reforma urbana, que é entendida como

> [...] agudização objetiva dos problemas e conflitos urbanos, independentemente dos condiocionamentos políticos e ideológicos que vem levando à substituição de um ideário de índole universalista relativamente ambicioso por um horizonte mais estreito, representado por programas de intervenções paulatinas e por políticas públicas de limitada profundidade em matéria de mudança sócio-espacial (SOUZA, 2008, p. 224).

A reforma urbana tem sido alvo de vários contratempos, "a própria agenda da reforma urbana envelheceu" (SOUZA, 2008, p. 224), não apenas por emasculação político-ideológica. O fator de maior relevância foi a fragmentação do tecido sociopolitico-espacial. Nesse sentido torna-se cada vez mais difícil pensar nas intervenções estatais em áreas de favelas e outros espaços segregados sem considerar diversos outros fatores, como o desafio da territorialização e controle imposto por setores paralelos ao Estado ligados à criminalidade.

Nesse sentido, um conceito essencial para os estudos com base na geografia são os relacionados à teoria espacial. "Não há geografia sem teoria espacial consistente" (SANTOS, 2014, p.30). O espaço não é uma coisa nem um sistema delas, mas sim uma realidade relacional, ou seja, coisas e relações em conjunto. Esse é o motivo pelo qual a sua definição não pode ser localizada se não for em conjunto com outras realidades, como a natureza e a sociedade mediatizada pelo trabalho. O espaço apresenta-se como um conjunto indissociável de um certo arranjo de objetos geográficos: objetos naturais, sociais e, além disso, a sociedade em movimento que preenche e anima esses espaços. Espaço é "um conjunto de formas contendo cada qual frações da sociedade em movimento. As formas, pois, têm um papel na realização social" (SANTOS, 2014, p. 31).

Levando isso em consideração, quando se fala em fragmentação do tecido sociopolítico-espacial, o sentido do conceito é muito mais amplo

que a mera fragmentação social, em seu sentido ordinário. Enquanto nessa o sentido não consta a dimensão especial explícita, para aquela, entender a crise metropolitana demanda a percepção dos vínculos entre as relações sociais excludentes e segregatícias em confronto com o espaço urbano (SOUZA, 2010).

A noção de espaço urbano deve ser compreendida na dinâmica entre território e territorialidades. A existência de territórios na cidade relaciona-se com a fração do urbano, controlada por determinadas ações, produtos ou forças de agentes. Os territórios são relações sociais projetadas no espaço, determinados em espaços definidos e com suas limitações nas relações de poder ou outros termos, existe uma relação muito forte com identidade. Nesse sentido, a territorialidade é essencialmente coletiva, com dependência maior com as relações que se estabelecem entre os indivíduos e aos grupos que propriamente aos lugares. (TRINDADE JÚNIOR, 1998). Essa é a razão pela qual território se relaciona com poder na acepção mais ampla do termo. Nesse sentido, o espaço ganha relevância na presença de territórios e nas configurações de territorialidades.

No caso de Belém, as mudanças nos últimos anos foram significativas. Por força dos agentes do capital imobiliário, áreas que antes se consideravam favelizadas, como a atual Doca de Souza Franco, na área central da cidade que, pelas obras de saneamento e melhorias de condições (bem como a elevação do preço do terreno), desalojaram grande parte dos moradores mais pobres para áreas de expansão, distantes do centro de Belém e com precariedade na prestação de serviços públicos. As partes valorizadas foram habitadas por uma nova classe média, incentivada pela infraestrutura assente (TRINDADE JÚNIOR, 2018).

Com isso, a desarticulação de antigas redes e estruturas produtivas comprometem a capacidade do Estado de ampliar seus investimentos. Esse incremento estatal poderia possibilitar a integração dessas pessoas marginalizadas aos serviços públicos. Contudo, a tendência é de exclusão crescente das camadas mais pobres e uma redução na qualidade de vida satisfatória. De fato, a região norte possui uma das maiores contradições em relação ao abastecimento de água, uma vez que ela se situa acima dos maiores reservatórios de água doce do mundo, mas apresentam os menores índices de saneamento público do Brasil, com muitos municípios em situação precária ou mesmo sem qualquer sistema de esgoto e água potá-

vel. Em 2016, 70,41% da população de Belém dispunha de abastecimento de água. Não obstante os quase 30% não atendidos, há de se observar também o destino dado à água consumida. Apenas 12% da população tem seu esgoto coletado por rede geral de esgotamento sanitário, restando aos demais adotar soluções particulares, como fossas sépticas. Ainda pior é a situação do retorno desses dejetos coletados, já que apenas 2,67% da água consumida é tratada, ao retornar para o meio ambiente, com consequências nefastas à saúde da população (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2018).

Com base nessas comparações feitas pelo Instituto Trata Brasil em 100 cidades, Belém aparece dentre as dez com pior avaliação em diversos comparativos relacionados a: distribuição de água, índices de atendimento de esgoto, esgoto tratado e consumido e novas ligações de esgoto. Na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios– PNAD, executada pelo IBGE que objetiva levantar características gerais da população em relação aos setores de educação, trabalho, dentre outras informações, tem-se indicadores relacionados ao saneamento e, merece destaque os indicadores de domicílios na Região Metropolitana de Belém, conforme Quadro 1. Conforme demonstrado pelos dados, ainda que a situação da capital paraense seja levemente superior ao da média da Região Norte, o nível de abastecimento ainda é insatisfatório.

De acordo com o IBGE, Belém apresenta uma situação crítica em relação ao saneamento básico, em especial no que tange à sua distribuição, conforme se vê na Figura 03. É visível que as áreas que apresentam uma menor distribuição de sistema de água são também as regiões mais pobres e periféricas, nas quais grande parte da população já é afetada pela pobreza e não podem buscar os serviços por outra maneira que não seja pela via pública. Em outros termos, temos a ausência quase que total de cidadania e acesso aos direitos inerentes aos habitantes das cidades.

A rede de esgotos de Belém se encontra mais fortemente adensada em bairros mais próximos da parte sudoeste da cidade, local dos bairros tidos como mais caros e com a população de maior poder aquisitivo da cidade. De forma contrária, os mais afastados privam a população do acesso a saneamento básico, cerceando de diversas maneiras a sua cidadania e, consequentemente, o direito à cidade. No sistema capitalista, com a atuação desses agentes produtores do urbano, em especial os territórios

das empresas do mercado imobiliário, as leis de mercado disciplinam o adensamento do solo. Aos que foram desterritorizalizados, restam áreas periféricas, regiões alagadiças, insalubres e com escassez de serviços públicos, muitas casas sem numeração, ou com numeração repetida ou mesmo sem padrão numérico algum.

A lógica da desordem mostra que não se trata de uma periferia, mas sim de periferias, pois em cada uma delas temos dinâmicas diversas e relações sociais de territorialidade. Do ponto de vista frio do direito, para se lotear um imóvel e adequá-lo aos padrões de regularização fundiária, é necessário antes ajustá-lo à vocação do Plano Diretor, adequar-se aos códigos de posturas municipais e cumprir o aparato legislativo das diversas esferas de poder. "Têm razão os que atribuem à burocracia e dificuldades adicionais postas pela Administração o motivo de se preferir a ilegalidade a se subordinar à lei. Cumprir o ordenamento é missão quase impossível, tamanha a ineficiência do Poder Público" (NALIN, 2011, p. 55).

Quadro 1 – Dados da PNAD acerca do saneamento do Pará em 2011

Itens Geográficos	Percentual de domicílios com abastecimento de Água (Rede Geral)
Brasil	84,63
Região Norte	55,97
Pará	47,99
Região Metropolitana de Belém	69,24

Fonte: IBGE/PNAD, 2011 (IBGE, 2011)

A ausência do estado na prestação de serviços públicos, e para fiscalizar, propicia o surgimento de infinidades de parcelamentos do solo à margem das exigências urbanística-ambientais. E, ainda que formalmente seja ilegal, o custo-benefício e necessidade atua em favor da clandestinidade. É vantajoso para os agentes do poder político prometerem um loteamento regular em um futuro e não cumprir o que foi afirmado na certeza que o Estado, por pressão desses próprios agentes e, por vezes, dos próprios agentes sociais excluídos, não se fará presente. Esse contexto é o ideal para que, como não tem garantida a sua cidadania pelo Estado, outros agentes cooptem essa função. Dessa exclusão, uma das consequências mais patentes é a falta de acesso a serviços públicos fundamentais à cidadania.

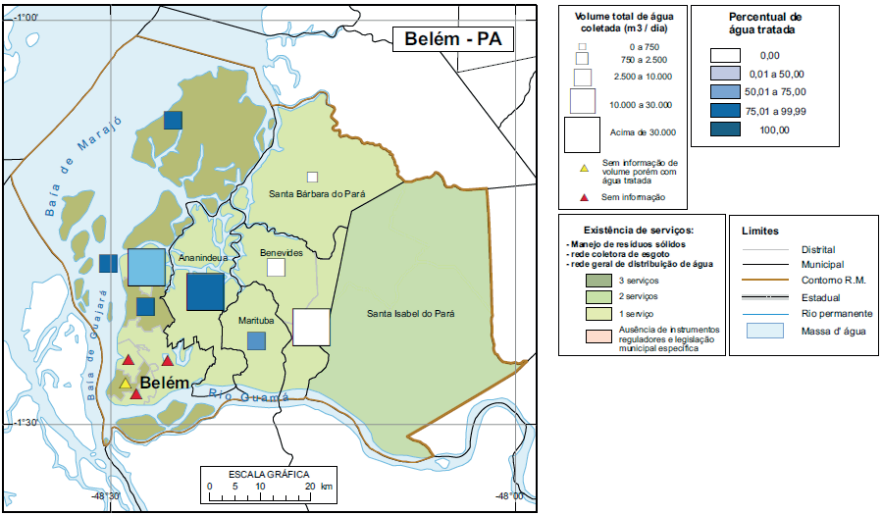
CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de diferentes experiências vivenciadas no contexto latino-americano, pode-se buscar compreender que a nossa noção de cidadania não possui as mesmas bases históricas das tradicionais categorias apresentadas (contexto europeu e estadunidense). Isso deve ser levado em conta quando se pretende estudar os conceitos de cidadania ou outros baseando-se apenas em teorias construídas para outras realidades, e isso se dá de maneira mais importante nas ciências sociais aplicadas, como é o caso do direito.

No Brasil, maneira como a cidadania foi adquirida pela população, através de forças centrífugas, sem uma burguesia consolidada e com o capitalismo tardio influenciou de sobremaneira o nosso atual estado de direito. Desse modo, a ressignificação de cidadania e da urbanização pode levar a novas visões que expliquem os modelos e as práticas no eixo sul do continente americano, com adaptações e aplicações melhoradas da teoria do direito à cidade. Não é concebível que tente se entender a cidadania em uma cidade como Belém, uma metrópole na Amazônia comparando-a com a maneira como se deu a cidadania em Paris, que é uma cidade que vivenciou o período da idade média e constituiu-se com vigor com a ascensão da burguesia no período posterior à famosa Revolução Francesa. De modo diverso, a urbanização na Amazônia se deu em contexto muito diverso, com a presença dos jesuítas às margens dos rios após século XVI, com ideia de ocupação para proteção do território pela Coroa portuguesa, convertendo os índios ao catolicismo e fazendo-os construir a cidade ribeirinha, dos primórdios de Belém.

Em relação ao direito à cidade, trata-se de um fundamento que deve ser aplicado necessariamente na evolução da sociedade urbana, buscando-se a igualdade para alcançar evolução. Sob a tutela visionária de Lefebvre, a problemática da cidade deve ser posta no centro da reflexão das sociedades contemporâneas. É especialmente controverso imaginar que as cidades ribeirinhas, nascida às margens dos maiores aquíferos de água doce do mundo tenham a pior qualidade de água e saneamento básico do país.

Figura 03- Rede geral de abastecimento de água da região metropolitana de Belém.



Fonte: IBGE (2011)

Mas como encontrar soluções para essa realidade diagnosticada? Não se imagina, entretanto, que a solução dos problemas do homem será encontrada nos frios códigos e legislações feitas por agentes políticos do Estado. É contraproducente imaginar que a pobreza poderia ser eliminada sem modificações significativas na estrutura de produção, dos investimentos e do consumo. Nesse sentido, é preciso considerar que o espaço não é simplesmente produto ou reflexo das diversas relações sociais, mas ele também é força capaz de reproduzir tais relações. É na correlação das forças dos diversos agentes que se encontra o controle das localizações socialmente reproduzidas.

De todo modo, o Estado pode auxiliar sim a contribuir e enfraquecer a fragmentação, quando desestimula a auto segregação e apresentar serviços públicos à população que mais precisa: os mais pobres. Ou seja, o Estado não é o único solucionador de problemas, mas pode contribuir de maneira relevante ao se fazer presente. Todavia, por mais que políticas públicas bem aplicadas sejam necessárias elas irão, na melhor das hipóteses, reduzir bastante os problemas urbanísticos, mas não os superar. Uma solução mais duradoura e provavelmente mais eficiente se encontra na correlação dos diversos agentes da produção social do espaço. Contudo, existem disputas entre os agentes hegemônicos e os agentes locais, estabe-

lecendo correlações de forças e redes de ação buscando a apropriação e o controle do espaço.

O desafio metropolitano se encontra em realizar avanços significativos em matéria de desenvolvimento socioespacial, ultrapassando a contradição em relação à grave questão sanitária apresentada no presente artigo. Todos os que vivem na cidade devem ter acesso ao direito à cidade, ter água encanada e saneamento básico. Ou seja, serviços públicos de infraestrutura básica que possam, desse modo, garantir a cidadania.

REFERÊNCIAS:

BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino americano*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

FOUCAULT, M. *A Arqueologia do Saber*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

GOMES, P. C. C. *A condição urbana*: ensaios de geopolítica e a cidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HARVEY, D. Alternativas ao neoliberalismo e o direito à cidade. *Novos cadernos NAEA*, v. 12, n. 2, p. 269-274, 2009.

IBGE. *Aglomerados subnormais:* primeiros resultados. Rio de Janeiro: 2010.

____. *Atlas do Saneamento.* Rio de Janeiro: 2004.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - 2011*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: 2011.

INSTITUTO TRATA BRASIL, 2018. *Ranking do saneamento.* São Paulo: 2018.

LEFEBVRE, H. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

NALIN, J. R. *Direitos que a cidade esqueceu.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, M. *O Brasil:* território e sociedade no início do século XXI. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

_____. *Metamorfoses do espaço habitado:* fundamentos teóricos e metodológicos da geografia. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

SOUZA, M L. *A prisão e a ágora:* reflexões entorno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *Fobópole:* o medo generalizado e a militarização da questão urbana. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

_____. *O desafio metropolitano:* um estudo sobre a problemática sócio-espacia ldas metrópoles brasileiras. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

TRINDADE JÚNIOR, S. C. *Produção do espaço e uso do solo urbano em Belém.* Belém: NAEA, 1997.

_____. Agentes, redes e territorialidades urbanas. *Território*, ano III, n. 5, p.31-50, 1998.

_____. Um "skyline" em mutação: o velho centro e as transformações urbanas em Belém. *Novos cadernos NAEA*, v. 21, n. 1, p.57-78, 2018.

VILLA, M. A. *A história das constituições brasileiras.* São Paulo: Leya, 2011.

ARTIGOS - TEMAS CONTEMPORÂNEOS

O MARCO CIVIL DA INTERNET E A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE TERCEIRO

Criciane de Araújo Freitas
Edna Maria Coan
Gisele de Carvalho Bergamasco

1 INTRODUÇÃO

O Direito contemporâneo tem trabalhado com vistas a tutelar os vieses sociais afetados pela evolução tecnológica digital, os meios de comunicação e as mais variadas formas de interação entre os usuários e os provedores de conexão e de aplicativos. Surge assim em 2014 a lei 12.965 intitulada Marco Civil da Internet (MCI), que tem por objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Inicialmente, será abordado brevemente o histórico e a evolução do Marco Civil da Internet no contexto social brasileiro. Será incluindo comentários da exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei, e de forma pontual será efetuado um comparativo da harmonização da nova lei com o contexto internacional.

Também será tratado das definições que envolvem especificamente o dano moral por divulgação de imagens sem autorização, foco principal do presente trabalho. Será apresentado ainda, os demais institutos jurídicos que tutelam o tema, assim como seu viés constitucional, quanto ao direito fundamental a imagem e a privacidade.

Referente ao dano moral e aos direitos fundamentais, o Marco Civil da Internet contribui tutelando, além de outros temas relacionados, a responsabilização do provedor de aplicativos por danos morais causados por ato de terceiro. Será, portanto, analisada as formas de responsabilização objetivas e subjetivas positivadas nesta nova lei.

Ao final, será abordada a doutrina e a jurisprudência aplicadas a casos específicos. O intuito aqui será apresentar de forma exemplificativa a tendência do judiciário, ante a casos de responsabilização de provedor de aplicativo por ato de terceiro, quando da divulgação de imagens sem autorização.

2 O MARCO CIVIL DA INTERNET

A oferta comercial de conexões no Brasil já em 1995 era alvo de projetos de lei, todavia foi em abril de 2011 que finalmente chegou a Presidência da República a carta com a exposição de motivos da Lei 12.965/2014, o comumente chamado Marco Civil da Internet (MCI), que tem por objetivo viabilizar um melhor diálogo entre o Direito e a Internet.

Segundo a exposição de motivos do MCI, tal diálogo se fez necessário devido aos inúmeros problemas surgidos juntamente com a cultura digital moderna. Um dos problemas era o constante conflito entre as decisões judicias sobre tais temas, outro problema foi o surgimento de relações contratuais inovadoras, oriundas destas relações digitais, mas que careciam de balizamento legal. Também havia a questão das necessidades sociais a serem conjugadas com as obrigações do Estado, que carecia de cumprir com sua função precípua de estimular o desenvolvimento econômico, social e cultural, primando assim pela redução das desigualdades sociais.

A carta esclarece que, a princípio, o MCI foi uma iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Foi então elaborado o anteprojeto de lei que estabelecia princípios, garantias e direitos para os usuários da internet, bem como delimitava deveres e responsabilidades para os prestadores de serviços, estabelecendo ainda o papel do poder público quanto ao desenvolvimento do potencial da rede. Por ocasião, foi criado um blog na plataforma Cultura Digital, mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede

Nacional de Ensino e Pesquisa, para que a sociedade pudesse se manifestar e participar do desenvolvimento democrático do anteprojeto.

Conforme a exposição de motivos do MCI, o conteúdo do anteprojeto dividia-se em cinco grandes grupos, o primeiro sobre os fundamentos, princípios e objetivos, bem como da definição de conceitos e de regras de interpretação. Já o segundo tratava dos direitos e garantias dos usuários, sendo tutelado como um direito essencial ao exercício da cidadania, estabelecia ainda direitos como a inviolabilidade e sigilo das comunicações e a não suspensão de conexão. Na terceira parte eram abordadas questões como o tráfego, a guarda de dados, a responsabilização por dados de terceiros, e a requisição judicial de registros. No quarto capítulo foram estabelecidas as atribuições do Poder Público, diretrizes para atuação dos entes federados no desenvolvimento da internet, bem como regras para sites públicos, educação e fomento cultural. No último grupo havia a previsão expressa da possibilidade de defesa dos interesses e direitos ao uso da internet de forma individual ou coletiva, conforme estabelecido em lei.

Este marco democrático vem de encontro com a globalização e a realidade das novas tecnologias, que não poderiam ficar afastadas da necessidade constante de aperfeiçoamento e adequação das vertestes processuais e cooperativas do direito, conforme esclarece Fabrício Polido (JOTA, 2017):

> Em geral, aceno para a necessidade de maior rigor no tratamento das questões relativas à lei aplicável a relações jurídicas privadas transnacionais emergentes nas redes digitais; ao esclarecimento do alcance de regras jurisdicionais para fixação da competência dos tribunais brasileiros para solução de disputas nesse domínio, além dos distintos perfis da eficácia extraterritorial de decisões estrangeiras em litígios envolvendo partes brasileiras e estrangeiras. Aqui, poderíamos falar exaustivamente sobre como o próprio saber e praticar do direito foram transformados pela crescente comunidade de nativos digitais e de empresas inovadoras de internet; pelo volume exponencial de negócios no comércio eletrônico; pela ampliação do acesso a tecnologias de comunicação e informação (TCIs) ao longo do vasto território; ou pela ampliação de plataformas e mídias sociais em nosso país. Todas essas manifestações alteraram a racionalidade de certas questões do direito internacional privado.

Indo além no tema da modernização do direito, Fabrício Polido (JOTA, 2017) menciona que os setores interessados na resolução de litígios da internet devem estabelecer um diálogo que seja comprometido com os fundamentos e expectativas do mundo informacional, de forma a equilibrar interesses públicos e privados em domínio pouco percorrido pelo Direito; neste sentido cita que:

> De modo acidental, a meu ver, o próprio CPC de 2015 também contribui para essa articulação no plano do contencioso internacional privado, com ao menos duas relevantes inovações que impõem certas condutas às partes, advogados e juízes, como o dever de buscar a otimização do exercício da jurisdição civil a partir das normas internacionais. O Artigo 13 do Código estampa esse comando. A regra não é decorativa, o que significa que para a determinação da jurisdição dos tribunais brasileiros para solução de litígios pluriconectados, existe um pressuposto de articulação e complementaridade com normas de tratados e convenções processuais específicas. Litígios de internet muitas vezes se configuram pela disputa entre partes sediadas em distintos países ou o objeto da lide encontra-se conectado a vários sistemas legais simultaneamente, caracterizados por um atributo de "internacionalidade"... O Novo CPC, por sua vez, equilibra a relação entre a sistemática dos pedidos de cooperação e resultados esperados com a observância de princípios fundantes, como o tratamento igualitário entre partes litigantes, a espontaneidade, o respeito ao devido processo legal e a participação das autoridades centrais. Eles todos devem ser tomados em seriedade, sobretudo porque tocam nas relações entre Estados e seus respectivos espaços jurisdicionais, os quais não deixaram de existir com o advento da internet. Nada mais maduro que iniciarmos essa jornada com debate que reconsidere toda a dinâmica desses conflitos.

Neste aspecto o MCI no parágrafo único do art. 3º introduziu uma regra de abertura à sistemática de tratados e convenções, incorporando ainda obrigações processuais, como o próprio dever de estabelecimento de cooperação jurídica nos processos civis transacionais. Desta forma o MCI aproveita-se dos tratados em campos variados do direito, tal qual o

direito civil, comercial, trabalhista e administrativo para atender as necessidades da evolução digital brasileira.

3 O DANO MORAL: PESSOA NATURAL

O ordenamento jurídico tem por função assegurar uma série de direitos, e em especial aqueles chamados de fundamentais. Segundo Rosalliny Dantas (Âmbito Jurídico, 2009), com toda certeza àquele de maior importância é o direito à vida, do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais, porém com respeito à vida não se deve basear-se apenas à integridade física do indivíduo O homem é um ser complexo e muitas vezes a própria psique também está exposta a prováveis injustas agressões, restando apenas o Direito protegê-lo de prováveis ataques. A honra é um bem jurídico tutelado pelo Estado, é a imagem do indivíduo no meio social em que se encontra. É dela que provém a visão moral do ser humano perante seus semelhantes.

Ao tratar do conceito de dano moral necessita-se em primeiro plano separá-lo e entende-lo por partes. O conceito de dano pode ser entendido, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 88): "lesão à um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator". Ele também especifica "que o prejuízo indenizável poderá decorrer [...] também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial" (2012, p. 89).

Assim, segundo ele, o dano moral não está necessariamente ligado a um detrimento do patrimônio, mas sim a um ato lesivo ao direito fundamental da pessoa; são atos que ferem bens tutelados juridicamente, tais como: a intimidade, a integridade, a imagem, a honra, a identidade. É o dano causado por outrem que fere a personalidade do indivíduo, aquilo que está ligado ao seu íntimo, à sua dignidade como ser humano.

Assim expõe Inocêncio Galvão Telles:

> Dano moral se trata de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afetado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de ava-

> liação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral. Violam-se direitos ou interesses materiais, como se pratica uma lesão corporal ou um atentado à honra: em primeira linha causam-se danos não patrimoniais, v.g., os ferimentos ou a diminuição da reputação, mas em segunda linha podem também causar-se danos patrimoniais, v.g., as despesas de tratamento ou a perda de emprego. (TELLES *apud* GABRIEL).

Conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho "a existência de dano é condição essencial para a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva", uma vez que meros desconfortos não se enquadram na definição de dano, muitas vezes conceituado como "mero aborrecimento" por parte dos juristas. Segundo este mesmo autor, o dano moral tem por características comprometer a integridade moral da pessoa e relacionar-se à dor por ela experimentada. Pode o dano moral ser ainda classificado como: a) direto ou indireto, que leva em conta a relação do ato e os danos causados; b) Individual ou coletivo, que leva em conta o número de pessoas lesadas; c) Intencional ou acidental, que leva em conta os critérios de dolo ou culpa do agente, podendo a culpa ser por negligência, imperícia ou imprudência. (COELHO 2012, p. 394, 402).

Como o fator moral decorre do direito à vida, é expresso a sua proteção como um direito fundamental, garantindo-se às pessoas meios de protege-lo. A constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, V promulga esta garantia: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." Assim se qualifica o dano moral, um meio de garantir e respeitar a honra e a moral dos indivíduos, este é o aspecto que ultrapassa a visão material do direito à vida, avançando para aquilo que não é palpável à visão do homem.

Neste sentido o Tribunal do Canadá, na sentença abaixo acrescenta uma explicação sobre o valor da reputação:

> [. . .] A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just

> as much as freedom of expression, be protected by society's laws. In order to undertake the balancing required by this case, something must be said about the value of reputation. Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

Quando se faz referência ao dano moral à pessoa natural deve-se entender que se trata de um fator relativo e subjetivo. Existe muita dificuldade no Direito de estabelecer o valor do dano moral, uma vez que este está intimamente ligado à honra do indivíduo, sua autoestima. Qualquer ação que venha a ferir a sua moral, ou seja, sua imagem perante o meio social em que se encontra, pode-se caracterizar como dano moral, mas o que fere em demasiado um pode não possuir a mesma importância a outro.

Segundo José Adércio Leite Sampaio (CANOTILHO, p. 284):

> Conceitua-se direito à honra aquele que tem toda pessoa a ser respeitada perante si mesma e perante os outros. A honra apresenta, portanto, dupla face: a subjetiva – o apreço que o ser humano possui por si mesmo; e a objetiva – materializada no interesse de toda pessoa pelo prestígio, reputação e bom nome. Toda nova informação sobre a pessoa importa uma alteração do seu espaço de intimidade. Prima facie, assim, as atividades que levassem a modificação do conceito social de alguém estariam violando sua intimidade, porquanto não consentida. Mas há algo mais, como a intenção dirigida depreciativa, que pode ser inexata, confundindo-se assim com a identidade, ou ainda podendo ser verossímeis, tratando de temas privados, confundindo-se com a intimidade; ou ainda podendo se referir a atividades públicas.

É neste sentido que o Direito não deve se ater apenas ao que está na letra fria da lei, mas ir além, para aquilo que se encontra no caso concreto,

uma visão subjetiva dos fatos analisando todas as figuras presentes, desde a suposta vítima, o autor do dano bem como ocorreu a situação que desencadeou o suposto dano. Neste sentido, pode-se dizer que o dano moral está intrinsicamente ligado a ilicitude do ato, decorrendo assim da gravidade do ato ilícito em si, dispensando por tanto sua demonstração, configurando, portanto, um dano moral existente "*in reipsa*".

Ainda expõe Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 565) "A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela tormentosa dor experimentada pela vítima em alguns eventos danosos. " Trata-se então de uma compensação que vai muito além de pequenos infortúnios do dia-a-dia, mas sim acontecimentos que não poderão ser ignorados tão facilmente, trazendo dor e sofrimento à vítima, e assim, por se tratar de algo tão íntimo e pessoal, têm-se esta característica subjetiva do dano moral à pessoa natural.

Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 95) comenta que:

> Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).

No código civil nota-se a importância dada ao dano moral, como assim dispõe em seu artigo 186 "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. " Quando a honra de uma pessoa é ferida, isto é, tem a sua moral manchada perante o meio social em que se encontra, esta pode recorrer ao seu direito de ação em busca de uma reparação. É mister ressaltar que a busca por um ressarcimento financeira não tem por objetivo a extinção dos prejuízos causados, isto seria impossível haja vista a natureza dos fatos. A busca na justiça por uma reparação financeira está ligada no sentido de compensar os danos sofridos, "na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória"

(GAGLIANO 2012, p. 135). É desta perspectiva que se deve apreciar o dano moral, onde o patrimônio afetado trata-se de um objeto imaterial e subjetivo, cuja única função é reparar o dano e não fazer com que a situação atual retorne ao seu início, dada a natureza do dano moral, função unicamente indenizatória e de certa forma também punitiva a parte que causou o ato lesivo.

A preocupação quanto a reparação do dano estende-se também a situação onde o prejuízo é causado por ato de terceiro, como explica Pablo Stolze (2012, p.229) quando discorre sobre o artigo 932 do Código Civil de 2002:

> Vale registrar, inclusive, que todas as formas de responsabilidade civil por ato de terceiro, previstas no mencionado artigo, decorreriam de uma culpa in vigilando, salvo, justamente, a responsabilidade civil por ato de empregados, serviçais e prepostos, que se daria justamente por uma culpa in eligendo, arcando o patrão, amo ou comitente com os riscos da má eleição.

Menciona Maria Helena Diniz (2012, p.575) que é de ordem pública o princípio da obrigação de indenizar daquele que causa prejuízo a outrem, admitindo-se ainda situações onde há a responsabilização por ato de terceiro. Em tal situação, mesmo que não haja prova da culpa do responsável e do agente que deram causa ao evento danoso, haverá a responsabilização destes, bastando assim a presunção de culpa, a exemplo da culpa do patrão pelo prejuízo causado por ato do empregado, conforme disposto na Súmula 341 STF e dos artigos 932 e 933 do Código Civil de 2002.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO PELO DANO MORAL NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Em harmonia com os demais diplomais legais, o Marco Civil da Internet tutela o bem jurídico moral e imagem em seus artigos 7º, 10º e 23º. Nestes artigos são assegurados direitos como o de acesso **à internet, como sendo algo essencial ao exercício da cidadania**, o da **guarda e disponibilização dos registros** das conexões e acessos, o da guarda de dados pessoais e conteúdo privado, o da **discricionariedade do juiz**

quanto as medidas necessárias para guarda e sigilo de informações; todos estes dispositivos harmonizados com o bem maior, que é o direito a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo ainda a respectiva indenização, sempre que o bem jurídico for violado.

Por conseguinte, a lei também estabelece parâmetros para a responsabilização daqueles que atuam de forma indireta no fato lesivo, conforme estabelecido em sua seção III, que trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Aqui a lei estabelece uma **diferenciação entre o provedor de conexão à internet e o provedor de aplicações de internet**. Segundo Celina Bottino (2017, p.96, Chiara Teffé) o provedor de conexão possibilita que um terminal envie e receba pacote de dados na rede, **não tendo como função oferecer ferramentas para divulgação de conteúdo**; já o provedor de aplicações fornece um **conjunto de funcionalidades que são acessadas por um terminal conectado**, tais como redes sociais, aplicativos de mensagens e plataformas de compartilhamento, são os chamados provedores de conteúdo e armazenagem.

Quanto aos **provedores de conexão, o MCI lhes concede uma imunidade legal** em seu artigo 18, onde prevê que o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Já para os provedores de **aplicativos, o MCI prevê a possibilidade de responsabilidade subjetiva**, conforme mencionado em seus artigos 19 e 21, onde o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por **terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências dentro de seus limites e dentro do prazo assinalado**, de forma a tornar indisponível o conteúdo, deixando claro que a ordem judicial deverá **conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo infringente.** Também esclarece que as causas por danos decorrentes de conteúdos relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais, pode ainda o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. No artigo 21 possibilita a notificação através **da via extrajudicial**, onde o provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela divulgação, sem autorização

de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de caráter privado, caso após o recebimento da notificação deixar de promover, dentro de seus limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização do conteúdo, aqui tal qual ao artigo 19, a lei estabelece que a notificação deverá conter os **elementos que permitam a identificação específica do material lesivo.**

Neste sentido, Celina Bottino (2017, p.106, Chiara Teffé) menciona que está no artigo 19 um dos aspectos mais importantes do tratamento da liberdade de expressão, sendo essa o parâmetro a ser ponderado, quando da responsabilização civil dos provedores de aplicações por conteúdo de terceiros. Menciona ainda que em tal situação, a responsabilidade será subjetiva e derivará do não cumprimento da ordem judicial que determinou a remoção do conteúdo, cabendo ao Poder Judiciário a definição do que é ou não ilícito e do que deve ser removido. Coube a lei encontrar aqui uma forma de garantir à vítima meios para identificar seu ofensor e remover o material impugnado.

Já Damásio de Jesus (2014, p.69) ao comentar o artigo 21 do MCI, menciona que aqui é encontrada a **única exceção de dispensa de ordem judicial para remoção de conteúdo**, trata-se da divulgação sem autorização de imagens, vídeos ou demais conteúdos com cenas de nudez ou de atos sexuais de cunho privado. Em tal situação o próprio ofendido ou seu representante legal poderão diretamente notificar extrajudicialmente o provedor de aplicações, que deverá agir assim que recebida a notificação, removendo o conteúdo. Caso haja a omissão, o provedor de **aplicativos poderá ser responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade.**

5 O ORDENAMENTO JURÍDICO: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

O direto à liberdade de expressão, privacidade, vida privada, de acesso à informação já são universais e já reconhecidos a todos os cidadãos, conforme tutelado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Neste sentido Victor Gonçalves (2017, p.55) esclarece

que no MCI não há nova contextualização de tais direitos, tampouco trata-se de tentativa de explica-los ou relacioná-los com os fatos decorrentes do uso da internet, e acrescenta ainda que:

> A internet é um fenômeno tecnológico recente que alterou a forma das relações e a percepção social de situações que, no mundo físico, seriam simples e banais. Um simples comentário, depreciativo ou não, emitido na rua, propagava-se e perdia-se naquele momento. **O mesmo comentário, na internet, fixa-se indefinidamente** nos programas e servidores dela, que nunca se esquecerão e registrarão aquele simples evento para sempre. Esta transição que estamos vivenciando entre a fugacidade do mundo atual para a perenidade da memória, sempre real e vívida, do virtual, faz que as relações sociais, históricas, políticas e econômicas sejam vistas com novas percepções, desdobramentos e amplificações. E essa noção entre o que é opaco e o que é visível nas relações sociais alterou-se permanentemente.

Com o intuito de reforçar o direito fundamental a preservação da intimidade no âmbito da internet, o MCI tem disposto em seu artigo 21 que o provedor de aplicações de internet que disponibilizar conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade alheia. Para que tal subsidiariedade lhe seja atribuída, será necessário que determinadas circunstâncias sejam caracterizadas, tal como a não autorizado pelos participantes a divulgação das imagens de caráter privado, e que após o recebimento da notificação extrajudicial pelo provedor de aplicativos, este deixe de efetuar a indisponibilização do conteúdo lesivo. A notificação extrajudicial deverá **conter todos os elementos que possibilitem ao provedor a identificação do material lesivo, bem como da verificação de legitimidade da parte requerente**. A extrajudicialidade da notificação justifica-se pelo "periculum in mora", sendo, portanto, uma exceção à regra da notificação judicial, com o objetivo de tornar o processo mais eficiente na retirada do conteúdo lesivo do âmbito da internet. (BOTTINO, 2017, p.144)

Tocante ao tema, a Terceira Turma do STJ, apreciou em 2018 o tema num recurso especial – onde foi a ministra relatora Nancy Andrighi, reconheceu parcialmente o mérito; conforme segue ementa:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - REsp: 1679465 SP 2016/0204216-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/03/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2018).

Naquela oportunidade, a ministra relatora trouxe aos debates, algumas dificuldades pertinentes ao tema, haja vista, não se tratar de violação causadas diretamente pelos provedores, mas sim, por terceiros que utilizam a plataforma oferecida por aqueles. Nessa premissa, dotada de uma complexidade elevada, salientou a ausência de um controle prévio dos conteúdos, por parte dos provedores. Contudo, a jurisprudência do STJ, mesmo afastando tal obrigação de filtrar os conteúdos de forma expressa; não confere aos provedores caráter de neutralidade e/ou de não responsabilidade, diante de "Possível impacto sobre a vida, intimidade e privacidade dos usuários", por isso, manteve a obrigação para cessar a divulgação nos resultados de busca pelo provedor.

Em outro caso, analisado em sede de Agravo em Recurso Especial, pelo Ministro Relator, Antônio Carlos, do STJ, confere o caráter lesivo ao conteúdo disponibilizado pelo provedor, como segue a ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. YOUTUBE. GOOGLE. EXCLUSÃO VÍDEO. CONTEÚDO OFENSIVO. MÍDIA NÃO JUNTADA NOS AUTOS. JULGAMENTO DE MÉRITO. ERROR IN PROCEDENDO. NÃO CONFIGURADO. CONTEÚDO INDEVIDO CONSTATA-

> DO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. REMOÇÃO DO CONTEÚDO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. LEI NOVA 12.965/14. APLICABILIDADE. DANO DECORRENTE DE CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS. PROVEDOR APLICAÇÕES INTERNET. RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA. ARTIGO 19 E ARTIGO 21. NEGO PROVIMENTO ao agravo. Publique-se e intimem-se. Brasília-DF, 10 de setembro de 2018. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator (STJ - AREsp: 733206 DF 2015/0152669-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 18/09/2018)

A matéria em análise, faz parte de um conteúdo extraídos de interceptação telefônica, ocorrida no curso da "Operação Influenza" da Polícia Federal, há época, tais provas foram consideradas ilícitas, e retiradas daquele contexto processual. Ocorre que material ficou disponível, através de um link do youtube, desde 2012, configurando uma "relação jurídica continuativa". Diante dos fatos, o tribunal de origem, afastou a responsabilidade do recorrido por fatos gerados por terceiros (YouTube). Fica depreendido do ARE que a responsabilidade aos atos lesivos, recairia sobre o referido provedor - pela factual e contínua disponibilidade do conteúdo. Sendo que a indisponibilidade do vídeo, de fato, restaria a necessária "ordem judicial específica", para alcançar seus efeitos.

A terceira turma do STJ, analisou em fevereiro de 2019, o tema em um recurso especial no qual foi o ministro relator Marco Aurélio Bellizze, provendo parcialmente o recurso, conforme ementa a seguir:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO OFENSIVO NA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROVEDOR. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. SUFICIENTE IDENTIFICAÇÃO DA URL DO CONTEÚDO OFENSIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

> POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> (STJ – Resp: 1.738.628 – SE 2017/0169459-3, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de julgamento: 19/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: Dje 25/02/2019).

Naquela oportunidade, a Google informou a impossibilidade de remover material ofensivo, tendo em vista que o blog em questão poderia exercer o direito à informação. Ocorre que, como afirma o relator, não cabe aos provedores de hospedagem exercer juízo de valor prévio acerca da natureza ofensiva ou não das páginas de internet, razão pela qual se faz necessário que eventuais pedidos de remoção de conteúdo sejam chancelados pela justiça, por meio de ordem judicial específica. Além disso, esse entendimento tem como finalidade, também, evitar a remoção equivocada, ferindo direito de terceiros. O relator afirmou que a responsabilidade do provedor é subsidiaria, porém, **não é razoável** que a empresa provedora de serviços de hospedagem, ao invés de manifestar conduta cooperativa para solucionar o problema de maneira justa e adequada venha sustentar a observância ao direito a informação, além disso, nota-se que esse meio de defesa se tornou padronizado em diversas situações semelhantes. Por fim, inteligentemente, o relator, a partir da conduta praticada pela empresa, conforme explicação acima, afirma que ficou evidente a conduta ilícita incorrendo em a responsabilização a Google.

Em outra ocasião, antes da vigência da MCI, também foi objeto de análise outro REsp, sendo relator o ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, no qual elucida que é de grandes debates o tema, tendo em vista que se deseja saber os limites da responsabilidade dos provedores de internet, pois violações à intimidade e à vida privada e empresas, tem-se tornado cada vez mais frequentes, desta forma o Judiciário, conforme afirma o relator, não deve se comportar como mero expectador e deve ser indutor de pautas civilizatórias dos comportamento na rede mundial de computadores, mesmo não existindo legislação regente no direito pátrio. Primordialmente, nota-se a dificuldade encontrada pelo Judiciário pela deficiente da legislação, assim demonstra-se a importância da MCI em disciplinar sobre a matéria em discussão.

Segue-se ementa do recurso em discussão:

> DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. VÍDEOS DIVULGADOS EM SITE DE COMPARTILHAMENTO (YOUTUBE). CONTRAFAÇÃO A ENVOLVER A MARCA E MATERIAL PUBLICITÁRIO DOS AUTORES. OFENSA À IMAGEM E AO NOME DAS PARTES. DEVER DE RETIRADA. INDICAÇÃO DE URL'S. DESNECESSIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO PRECISA DO CONTEÚDO DO VÍDEO E DO NOME A ELE ATRIBUÍDO. MULTA. REFORMA. PRAZO PARA A RETIRADA DOS VÍDEOS (24 H). MANUTENÇÃO. (STJ – Resp: 1.306.157 – SP 2011/0231550-1, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 17/12/2011, T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: Dje 24/03/2014).

Importante nota destacado pelo relator foi que no caso de sites de hospedagem de vídeos, atos de violação não podem ser consideradas atos exclusivamente praticados por terceiros (usuários), pois há a participação evidente do "ambiente virtual". Além disso, o ministro cita a necessidade de formas preventivas para evitar violações, como filtros ou outro meio eficaz. Por fim, afirma que a jurisprudência da casa entende que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolva a indicação dos autores da informação e que deve o provedor retirar mensagens violadoras num prazo de 24 horas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta breve pesquisa realizada para analisar a eficácia do Marco Civil da Internet, na responsabilização do provedor de aplicativos por danos morais causados por atos de terceiros, pode ser identificado que mesmo antes do MCI o direito fundamental a intimidade e a imagem já era tutelado e resguardado constitucionalmente no ordenamento brasileiro, ainda que houvesse a carência de um regulamento específico.

A evolução da tecnologia digital e dos meios de comunicação via internet vieram a justificar a promulgação de uma legislação infraconstitucional especial, que consolida a jurisprudência e se harmoniza com os diplomas legais ora vigentes. Desta forma é de fácil percepção a eficácia

da nova lei, que coaduna tanto com os diplomas anteriores quanto com a jurisprudência praticada contemporaneamente.

O provedor de aplicativos tem a inegável obrigação de respeitar a proteção constitucional e infraconstitucional que é dada ao direito a imagem e intimidade, sendo lhe imposta ainda a obrigação de reparação pela injusta lesão. Neste sentido, a eficácia do sistema legal, quanto aos direitos do cidadão, é verificada mesmo em uma conjuntura de mudanças e evolução tecnológicas e sociais constantes.

REFERÊNCIAS

BOTTINO, Celina. LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos A. (Coordenadores). **Marco Civil da Internet: Jurisprudência Comentada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

COAN, Edna Maria; BORYÇA, Juliana. A pessoa jurídica e o dano moral. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 8ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2017). p.170 - 186.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Rosalliny P. **A Honra Como Objeto de Proteção Jurídica**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11017 Acesso em: 12 de junho de 2019

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 28ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GABRIEL, Sérgio. Dano Moral e Obrigação. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8614-8613-1-PB.pdf Acesso em: 01 de maio de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Victor H.P. **Marco Civil da Internet Comentado**. 1ªed. São Paulo: Atlas, 2017.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet: Comentários a Lei 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MCI. **Exposição de Motivos**. Senado Federal, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm Acesso em: 12 de junho de 2019.

POLIDO, Fabrício B.P**. Brasil, Cooperação Jurídica Internacional e Internet**. Disponível em:https://www.jota.info/opiniao-e--analise/artigos/brasil-cooperacao-juridica-internacional-e-internet-28072017 Acesso em: 12 de junho de 2019.

TRIBUNAL DO CANADÁ, Sentença. Tomlinson v Gordon, 2017 NWTSC 68. Disponível em: https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/19247/1/24628.pdf Acesso em: 12 de junho de 2019

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DA SAMARCO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: UMA ANÁLISE DAS QUESTÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO

Raniella Ferreira Leal
Ayrton Anjo Cordeiro
Ricardo Melhorato Grilo

1. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, busca-se analisar a responsabilidade civil dos causadores do maior acidente ambiental ocorrido no Brasil, assim como estabelecer critérios objetivos para verificar o prazo prescricional para o ingresso de demandas indenizatórias, tendo em vista o instituto da prescrição.

O que convida à seguinte reflexão: quais critérios deverão ser fixados para a análise dos referidos institutos, através das repercussões em âmbito judiciário?

Para enfrentar essa questão, o presente artigo se baseia nos dispositivos referentes ao assunto constantes na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil de 2002, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e também na jurisprudência dos Tribunais, em especial, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Deste modo, no segundo capítulo, por meio da análise da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro e seus impactos no direito ambiental, propõe-se a elucidação da teoria que rege o ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo, o presente artigo, no intuito de delimitar os impactos decorrentes da tragédia, analisa as questões que envolvem as repercussões jurídicas no tocante aos interesses difusos e individuais.

Já no quarto capítulo, debruça-se sobre o estudo do prazo prescricional da pretensão no tocante às demandas indenizatórias, tendo em vista o entendimento jurisprudencial do STJ, conforme julgamento do Recurso Especial nº 1.348.756, segundo o qual a aplicabilidade do princípio da *actio nata* ocorrerria de maneira escalonada.

Por fim, ao concluir, tendo em vista que o tema ainda não possui bases sólidas, de cunho científico, justifica-se a sua investigação científica com o objetivo de contribuir para a análise da responsabilidade civil ambiental e a melhor aplicação do instituto da prescrição, no que concerne à contagem de seu prazo.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS IMPACTOS NO DIREITO AMBIENTAL

A responsabilização civil, em sua essência, determina que ao transgressor cabe a obrigação de indenizar pelo dano a que deu causa.

No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, ainda goza de inequívoco prestígio a denominada responsabilidade subjetiva, cujo reconhecimento exige a comprovação de 3 (três) elementos: dano, culpa e nexo de causalidade.

No âmbito do direito positivo, o art. 186 do CCB/02 enuncia que comete ato ilícito aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Paralelamente, em seu art. 927, parágrafo único, o mesmo Diploma Legal prevê a possibilidade de incidência da responsabilidade civil objetiva, ao prescrever que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

No âmbito do Direito Ambiental, vigora a teoria da responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 14, §1º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), em que impõe ao poluidor a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa. Assim, não há necessidade de comprovação da culpa *lato sensu*, bastando a prova do dano e do nexo causal.

Em se tratando de matéria ambiental, também costuma ser invocada a Teoria do Risco Integral, na qual o advento de excludentes de responsabilidade como o caso fortuito e a força maior não eximem a responsabilização do poluidor. Assim, por meio da teoria do risco da atividade se torna prescindível a investigação da culpa, tal como a irrelevância da licitude da atividade (BELTRÃO, 2014. p.209). Segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> "Pela Teoria do Risco integral todos os riscos, diretos e indiretos que tenham relação com a atividade de risco, mesmo que não lhes sejam próprios, estarão sob a responsabilidade do agente. Assim, o dano não será causado direto e imediatamente pela atividade de risco desenvolvida, mas a sua realização concorrerá de alguma forma para o evento danoso" (CAVALIERI, 2019. p.230)

Insta frisar que a reparação civil ambiental deve ter caráter inibitório e educativo, no sentido de reforçar a necessidade de investimento na prevenção, criando a consciência de que o custo da prevenção será menor do que reparar um eventual dano ambiental, uma vez que nem sempre será possível a reparação total do meio ambiente.

De outra banda, não podemos olvidar que a proteção ao meio ambiente possui previsão no texto constitucional de 1988, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". Nesse sentido, trata-se de um bem imaterial que pertence às gerações presentes e futuras. Assim, a necessidade de preservação é medida que se impõe.

Para isso, há previsão de medidas protetivas no §1º, incisos I ao VIII do referido artigo e, dentre outras, em seu §3º, refere-se à responsabili-

dade civil ao dispor que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados", o qual recepciona e retoma o regramento inserto no art. 14 da Lei 6.938/81, mencionado em parágrafos anteriores.

3. A TRAGÉDIA E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Na tarde do dia 05/11/2015 ocorrera o rompimento da barragem de Fundão, pertencente à Samarco Mineração S/A, na qual eram estocados rejeitos da extração do minério de ferro.

Em virtude do referido rompimento, milhões de metros cúbicos de rejeitos percorreram uma distância considerável até chegarem à calha do Rio Doce, seguindo o curso do manancial até o estado do Espírito Santo, onde impactaram, inicialmente, as cidades de Colatina e Linhares e, posteriormente, os municípios de São Mateus, Aracruz e Serra, em virtude do avanço da pluma pela região costeira por força da ação de correntes marítimas e do vento.

Diante da envergadura do evento, considerado um dos maiores desastres ambientais já ocorridos no Brasil, é possível vislumbrar ofensas tanto a interesses difusos, de caráter metaindividual ou transindividual – como aqueles concernentes ao meio ambiente, por exemplo – como a interesses individuais, no que se refere às pessoas atingidas de forma mais direta pelo episódio, o qual, entre outras consequências, afetou o fornecimento de água nas residências, o exercício da pesca no Rio Doce e em boa parte da região costeira, o aluguel de barcos pesqueiros, a dessedentação de animais, a exploração do turismo em Regência (Linhares/ES) e a venda de pescado – mesmo daquele trazido de outras regiões. Tal aspecto é ilustrado pelo seguinte julgado do Tribunal de Justiça do ES:

> **EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DANOS MORAIS EM RAZÃO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE MARIANA (MG). DANO AMBIENTAL. ESFERA INDIVIDUAL AFETADA. INTERRUPÇÃO ILEGAL NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. SERVIÇO ESSENCIAL. MENOR.**

> **DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. 1. Não há como negar que o rompimento da barragem situada em Mariana (MG), que conduziu grande quantidade de lama e rejeitos da exploração de minério para a calha do Rio Doce, atingiu interesses difusos e transindividuais, pertencentes a toda a coletividade. Paralelamente, entretanto, não se pode perder de mente que o mesmo episódio também afetou interesses individuais de muitas pessoas.** 3. No caso específico da autora apelante, há razões para entrever um nítido prejuízo à sua qualidade de vida, sendo presumível, ou, como se costuma dizer, deflui in re ipsa , mormente pela sua tenra idade, que a interrupção do serviço de água, poluição do meio ambiente e etc., repercutiu na sua rotina diária, com restrições em sua alimentação, higiene pessoal e lazer. 4. A reparação do dano moral deve ser proporcional à intensidade da dor, que, a seu turno, diz com a importância da lesão. É recomendável, na fixação da indenização por danos morais, que o quantum seja estabelecido com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível econômico do prejudicado e, ainda, ao porte econômico do causador do prejuízo, valendo-se o julgador da sua experiência e bom senso, atento, às peculiaridades de cada caso. Neste prisma, razoável que a indenização seja estabelecida em R$ 1.000,00 (um mil reais), o que entendo suficiente para atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar enriquecimento sem causa da vítima. 5. Recurso provido. [grifo nosso] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação cível nº 014160130044, da 4ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge do Nascimento Viana. Vitória, ES, 08 de março de 2019).

Conforme já mencionado no capítulo anterior, a responsabilidade civil se materializa na obrigação imposta ao transgressor de indenizar aquele que sofreu o dano[68], seja ele de ordem patrimonial ou moral. Nesse sen-

68 Segundo DINIZ (1998-1999) o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

tido, faz-se necessária a ocorrência do dano para que ocorra a responsabilidade civil.

Desse modo, segundo a doutrina (GAGLIANO, 2019. p.237-239.), ao tratarmos da responsabilidade de indenizar é necessário medir a extensão do dano causado à(s) vítima(s), sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa (GAGLIANO, 2019. p.239). Portanto, ao verificar o dano reparável, deve-se observar alguns critérios, quais sejam: "*a) violação de um interesse jurídico - patrimonial ou moral; b) efetividade ou certeza; c) subsistência*".

No que se refere ao caso em tela, o objeto de análise se pauta no primeiro critério, ou seja, a violação do interesse jurídico.

Nesse sentido, ao analisarmos o dano patrimonial, este se desdobra em dois aspectos: o dano emergente[69] e o lucro cessante[70], sendo possível delimitar a redução do patrimônio sem que a averiguação de suas indagações se perdure pelo plano imaginário, devendo, portanto, que estes estejam comprovados.

Igualmente, pode-se concluir no que se refere aos danos emergentes e os lucros cessantes, somente deve haver compensação à vítima aqueles que forem diretos e imediatos, devendo indenizar somente o prejuízo decorrente de maneira direta[71] de uma conduta ilícita do infrator (GAGLIANO, 2019. p. 240).

Contudo, a problemática da tratativa de questões relacionadas ao dano e sua responsabilidade de reparação, é desconsiderar todos aqueles que são vítimas daquela conduta ilícita.

É nesse sentido que a partir dos estudos do direito francês, diante de suas peculiaridades, foram trazidos ao debate os prejuízos sofridos, de maneira reflexa, às pessoas próximas, ligadas às vítimas diretas que sofreram com a conduta ilícita.

---

69 Segundo Gagliano e Pamplona Filho, o dano emergente é caracterizado pelo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, o que ela perdeu.

70 Já os lucros cessantes correspondem aquilo que a vítima deixou de lucrar em decorrência do dano sofrido.

71 Carlos Roberto Gonçalves entende que a teoria da aplicação dos danos diretos e imediatos vincula o devedor somente aquele dano decorrente de um vínculo de necessidade e por causas remotas.

Chamado de dano *reflexo* ou em *ricochete*, mesmo que a vítima não seja diretamente atingida, mas que o dano sofrido seja determinado e comprovado, nada impede a sua reparação civil, desde que seja demonstrado o prejuízo causado pela vítima reflexa (GAGLIANO, 2019. p. 241), no qual os efeitos do ato ilícito repercutem também sobre uma pessoa intercalar, no que se refere em sua aplicabilidade prática (CAVALIERI FILHO, 2019. p. 150-152).

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO alertam que o dano reflexo ou por ricochete não pode ser confundido com o dano indireto, tendo em vista que este se refere ao interesse jurídico tutelado[72], diferente do dano por ricochete que visa os sujeitos que se caracterizam como vítimas, devido sua relação de dependência com o titular do interesse violado.

Entendimento recente da jurisprudência do STJ se firma desta forma:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL. LEGITIMIDADE DOS PARENTES COLATERAIS. ENTENDIMENTO DESTE SODALÍCIO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. "Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12; CC/1916, arts. 75 e 76), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, **em certas situações, como colegitimadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete.**" 2. Agravo interno desprovido. [Grifo nosso]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.119.632/RJ, da 4ª Turma. Relator: Ministro Raul Araujo, Brasília, DF, 12 de setembro de 2017.

72 Gagliano e Pamplona Filho exemplificam que os casos de difamação que potencialmente podem gerar também um dano moral ou, de maneira indireta, danos patrimoniais por abalo de crédito.

É nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, amparado em julgados do STJ, tem se manifestado, conforme se observa nas apelações cíveis abaixo, envolvendo o rompimento da barragem em Mariana:

"(...)

Logo, um mesmo fato pode atingir, simultaneamente, tanto interesses individuais quanto coletivos, o que possibilita ao apelante ingressar em juízo para pleitear a reparação do dano particular, sendo despiciendas maiores colocações quanto ao ponto. Por outras palavras, **"a conduta lesiva ao meio ambiente, além de provocar um dano ambiental difuso (*macrobem* ambiental), também pode atingir por ricochete e indiretamente interesses e bens individuais (*microbem* ambiental), sendo esta última a hipótese dos autos"**. [Grifo original]. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação cível nº 0018831-65.2012.8.08.0006, da 4ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Walace Pandolpho Kiffer. Vitória, ES, 04 de abril de 2017.

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE AMBIENTAL DE MARIANA-MG – INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA – DANO MORAL CONFIGURADO – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1 – Um mesmo fato pode dar ensejo tanto a danos metaindividuais (difusos, coletivos, individuais homogêneos), quanto a danos meramente individuais (individuais puros), de modo que cada um deles corresponde, em regra, a uma natureza específica e implica em titularidade específica para a defesa de seus interesses em juízo. Doutrina e jurisprudência.
>
> 2 – O dano ambiental, no caso concreto, o desastre ambiental da Samarco ocorrido em Minas Gerais (rompimento da barragem do Complexo de Fundão), além de ter ensejado dano coletivo (¿lato sensu¿), **também gerou, de modo reflexo, dano individual puro, este decorrente da interrupção do fornecimento de água como consequência da contaminação do Rio Doce**.

> 3 – A interrupção de fornecimento de água, bem essencial, causa, por si só, dano de natureza extrapatrimonial (¿in re ipsa¿), cabendo à parte comprovar, apenas, que reside em local afetado pela interrupção e que a água utilizada é captada do Rio Doce. Precedentes do e. TJES. Dano moral arbitrado em R$ 1.000,00 (mil reais), na linha de outros julgados de casos semelhantes.
>
> 4 – Sentença parcialmente reformada.
>
> 5 – Recurso conhecido e parcialmente provido. [Grifo nosso].
>
> Apelação cível nº 0004954-92.2016.8.08.0014, da 4ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Arthur José Neiva de Almeida. Vitória, ES, 09 de agosto de 2017.

Contudo, a problemática se perfaz no sentido da possibilidade do prejudicado possuir legitimidade em face do causador do dano, mesmo que não tenha sido atingido de maneira direta.

Apesar de não se confundir com o dano direto, deve-se ater ao mesmo raciocínio deste instituto, no que se refere à análise do nexo de causalidade. Atendo-se à observação e exame se a conduta do agente concorreu para a prática danosa (CAVALIERI FILHO, p 150-152).

Nestes moldes, "somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance" (CAVALIERI FILHO, p 151).

Não há previsão em nosso ordenamento da aplicabilidade do dano reflexo causados a terceiros, sem que haja violação de uma relação jurídica contratual ou extracontratual, tendo em vista que estes não decorrem de uma conduta ilícita (CAVALIERI FILHO, p 150-152).

Deste modo, podemos observar que os danos causados pelo rompimento da barragem não ocorrem apenas em caráter imediato, mas também se manifestam de maneira escalonada, tendo em vista a própria magnitude do evento. Os avanços da pluma de rejeitos alcançaram diversos outros municípios do Espírito Santo decorrente de uma conduta contratual ilícita.

Contudo, ainda possuem algumas repercussões, decorrentes do rompimento da barragem da Samarco, que não podem ser desconsideradas.

A problemática posta se pauta na falta de elementos caracterizadores para mensurar e contabilizar, com precisão, a dimensão dos impactos decorrentes deste evento, tendo em vista, em sua grande maioria, que demais problemas se desdobrarão pelos anos.

Nesse sentido nos vem à tona a necessidade de tratarmos o seguinte questionamento: tendo em vista que alguns desses danos não possuem caráter imediato e irão se desdobrar com o passar do tempo, como serão aplicadas questões relacionadas a prescrição, em uma eventual e consequente pretensão judicial? Caso este que será tratado no próximo capítulo.

4. REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS E O PRAZO PRESCRICIONAL

Uma vez ocorrida a ofensa ao direito, interessa ao próprio sistema jurídico a restauração da ordem jurídica violada. Essa, portanto, é a regra: restaurar a ordem jurídica violada a fim de assegurar a pacificação social.

Entretanto, o mesmo sistema que almeja a restauração da ordem jurídica violada também se preocupa com a segurança e a estabilidade das relações jurídicas. E o método que o sistema encontrou para conciliar a restauração da ordem jurídica violada com a necessidade de assegurar a estabilidade das relações é estabelecer um prazo para que as pretensões sejam deduzidas. Nessa contextura ganham espaço as categorias jurídicas da prescrição e decadência.

O instituto da prescrição almeja garantir a ordem jurídico-social e preservar a segurança nas relações, fixando um marco temporal para que o prejudicado possa buscar a tutela jurisdicional de seus afirmados direitos.

Observe-se que, além do interesse individual envolvido, também existe um interesse social de estabelecer um ambiente de segurança e harmonia, capaz de encerrar situações conflituosas e evitar que, após o transcurso de anos, venham a ser ajuizadas demandas, reclamando direitos cuja prova de constituição se perdera no tempo.

Decerto, não seria razoável submeter o sujeito passivo de uma obrigação a permanecer, *ad eternum,* com uma espada de Dâmocles sobre sua cabeça, enquanto o sujeito ativo está completamente inerte, ou, como se costuma dizer a título de troça, *"deitado eternamente em berço esplêndido".*

Na categoria jurídica em questão, portanto, repousa a expectativa das partes e da própria sociedade de não permitir que pretensões fiquem indefinidamente em aberto.

No caso específico do rompimento da barragem da Samarco, inúmeras questões sobre prescrição desafiam o tirocínio do operador do Direito. O trabalho pontuará, a seguir, algumas das mais palpitantes.

Conforme destacado alhures, o evento em questão atingiu tanto macrobens ambientais – ecossistema como um todo – quanto microbens ambientais, isto é, aqueles conectados de forma mais direta com interesses de pessoas que dependiam do Rio Doce para a satisfação de suas necessidades.

No caso específico dos macrobens ambientais, os efeitos dos danos ao ecossistema poderão se prolongar por décadas, ou seja, as consequências possuem dimensão intergeracional.

Diante do prolongamento dos danos no tempo, vem prevalecendo na jurisprudência o entendimento de que, no caso dos macrobens ambientais, a pretensão não estaria sujeita à prescrição, porque "o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome" (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.921. 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. j. 23/10/2007, DJe 11/11/2009).

Por outro lado, em se tratando de ofensa aos denominados microbens ambientais – nos quais é possível individualizar perfeitamente os sujeitos atingidos –, a jurisprudência entende que a lesão ocorrida, ainda que provocada de forma indireta ou por ricochete, ensejaria a fluência do prazo prescricional. Acerca do assunto, merece realce o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 0004170-13.2014.8.08.0006. j. 16/11/2015. DJES 03/12/2015):

> "[...] A conduta lesiva ao meio ambiente, além de provocar um dano ambiental difuso (macrobem ambiental), também pode atingir por ricochete e indiretamente interesses e bens individuais (microbem ambiental), sendo esta última a hipótese dos autos. 3) No que tange ao prazo prescricional, é importante destacar que a imprescritibilidade cinge-se à hipótese de dano diretamente sobre o

> patrimônio ambiental comum à coletividade (macrobem ambiental). Quando a pretensão reparatória é de caráter individual, como no caso em apreço, o prazo prescricional a ser observado é o trienal previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil [...]."

À luz do aresto supracitado, verifica-se que o prazo prescricional aplicável seria o de 3 (três) anos, conforme a regra do art. 206, § 3º, inciso V, do CCB/02, concernente à responsabilidade civil extracontratual.

No caso específico do estado do Espírito Santo, existe uma peculiaridade digna de registro: embora o rompimento da barragem de Fundão, situada em Mariana/MG, tenha ocorrido em 05/11/2015, os rejeitos lançados na calha do Rio Doce somente chegaram às cidades capixabas cerca de 2 (duas) semanas depois. Por isso, embora nas cidades atingidas tenha circulado a notícia de que as demandas reparatórias decorrentes do desabastecimento de água deveriam ser ajuizadas impreterivelmente até o dia 05/11/2018, tal informação não encontra amparo jurídico, porque a contagem do prazo trienal deverá levar em consideração, concretamente, a data da violação ao direito (art. 189 do CCB/02), circunstância que poderá variar de localidade para localidade, a depender do avanço da lama de rejeitos.

Com a aplicação do entendimento acima, muitos poderiam imaginar que, a esta altura, toda e qualquer pretensão em face da mineradora já estaria neutralizada pela prescrição trienal. Ledo engano!

A razão do equívoco repousa em situações que, certamente, poderão ser submetidas aos órgãos jurisdicionais nos próximos anos. Serão catalogadas, a seguir, aquelas que já podem ser visualizadas à luz do complexo cenário gerado pelo desastre.

A primeira delas diz respeito ao fato de que, após o rompimento da barragem, fora ajuizada ação penal em face da Samarco e de vários de seus executivos, a qual ainda não teria sido concluída. Diante desse cenário, não se poderia afastar, de antemão, a incidência do art. 200 do CCB/02, segundo o qual "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".

A segunda está relacionada às pretensões envolvendo crianças e adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos, contra os quais, como é cediço,

existe causa obstativa à fluência da prescrição, conforme se pode extrair do art. 198, inc. I, do CCB/02.

Trata-se de aspecto relevante, porque, sobretudo na localidade de Regência – situada na foz do Rio Doce –, crianças e adolescentes foram severamente afetados pelo rompimento da barragem, quer pelo desabastecimento de água em suas residências, quer pela supressão das suas principais alternativas de lazer às vésperas do verão e durante toda a extensão dele, haja vista terem ficado impedidos de se banhar no rio e no mar e também de pescarem em ambos.

Outras questões instigantes dizem respeito a profissionais que, em virtude da tragédia, sofreram e continuam sofrendo danos materiais a título de lucros cessantes. Dentre os exemplos mais corriqueiros, podem ser citados os pescadores e donos de pousadas e embarcações destinadas ao afretamento.

Apenas para ilustrar, imagine uma pousada situada em Regência – paraíso do surfe situado em Linhares/ES –, cujo faturamento, antes da chegada dos rejeitos de mineração, era de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mensais, mas que caíra, a partir de então, para apenas R$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais.

Não há dúvida de que, no caso da pousada, os danos podem se prolongar no tempo, circunstância que enseja uma técnica própria para a contagem do prazo prescricional trienal acima referido.

Destarte, no caso dos danos que se renovam sucessivamente, o entendimento a ser seguido é o de que o prazo prescricional trienal será contado a partir de cada mês de prejuízo. Logo, se em novembro de 2017 a pousada do exemplo acima tiver auferido apenas R$ 2.000,00 (dois mil reais) – isto é, R$ 3.000,00 (três mil reais) a menos do que costumava faturar –, o prazo trienal será contado a partir daí, expirando apenas em 2020.

A quarta questão diz respeito aos danos, ainda desconhecidos pela comunidade científica, que somente poderão ser identificados no futuro.

Imagine-se, hipoteticamente, que pesquisas científicas demonstrem a correlação de determinada doença hepática que acomete os moradores das cidades ribeirinhas com os metais existentes nos rejeitos da mineração despejados na calha do Rio Doce. Diante de tal cenário, quando começaria a fluir o prazo prescricional?

Infelizmente, a complexidade da vida contemporânea apresenta situações nas quais, nem sempre, o lesado tem conhecimento imediato da violação ao seu direito.

Para solucionar tais situações, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado, com certa frequência, a teoria da "actio nata", segundo a qual quando a pessoa não tiver condições de conhecer de antemão a ofensa ao seu direito, o prazo somente começará a correr quando ela obtiver esse conhecimento. Ou seja, à luz da "actio nata", os prazos não correriam da violação do direito, mas, sim, do conhecimento da violação.

Tal raciocínio se aplica perfeitamente ao caso em apreço. Se é certo dizer que "o direito não socorre aqueles que dormem", não é menos correto concluir que a pessoa apenas "dorme" (leia-se: permanece inerte) se, ao ter conhecimento do fato, nada faz para tutelar seu direito. Em outras palavras, uma coisa é a omissão voluntária; outra, bem diversa, é a inércia involuntária, creditada ao fato de que a pessoa ainda não conhecia a ofensa ao seu arcabouço jurídico.

A literatura jurídica demonstra que a questão supracitada está longe de ser meramente cerebrina. Um claro exemplo disso ocorrera no Japão, quando, a partir de 1932, ocorrera o despejo de produtos industriais tóxicos, derivados do mercúrio, na Baía de Minamata, cujos efeitos danosos à saúde só começaram a ser sentidos pela população a partir de 1950 (ANTUNES, 1993. p. 253-254).

Não bastassem os aspectos supracitados, é preciso ter em mente que a Fundação Renova, juntamente com o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Estado de Minas Gerais e o Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Espiríto Santo, firmaram, no dia 26 de outubro de 2018, um termo de compromisso, no qual renunciam arguir o instituto da prescrição, desde que os afetados estejam devidamente cadastrados junto à Fundação Renova. O referido instrumento, inclusive, encontra-se disponível no sítio eletrônico do MPF-MG.

Contudo, mesmo que firmado o termo de compromisso, a renúncia à prescrição só produzirá efeitos depois que o tempo prescricional se consumar, conforme a inteligência do artigo 191 do CCB/02.

Nesse sentido, faz-se necessária a discussão sobre o prazo prescricional, sem perder de vista, o entendimento jurisprudencial do STJ, segundo

o qual o prazo prescricional está submetido ao princípio da *actio nata*, onde a prescrição se inicia quando o possível titular do direito tiver informações que lhe permitam reclamar contra a situação antijurídica".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo foram analisadas as duas modalidades de responsabilidade civil, sendo ainda, demonstrado que a teoria aplicada no acidente ocorrido é a objetiva, na qual não há necessidade de demonstração da culpa, exigindo-se, tão somente, a demonstração do dano e o nexo de causalidade com o fato.

Observou-se também que os danos sofridos pela população não foram instantâneos, no sentido de terem ocorrido contemporaneamente com o rompimento da barragem, além da barragem, razão pela foi constatado através do presente artigo que a análise acerca da prescrição deve ser individualizada, pois o início do prazo se inicia com a causa efetiva do dano e não do evento do rompimento da barragem de rejeitos.

Ademais, não obstante a lacuna da lei, no presente trabalho resta demonstrado o entendimento dos tribunais superiores acerca da aplicação do dano reflexo ou em ricochete, no qual uma pessoa intercalar pode ser considerada vítima do acidente, autorizando-a pleitear uma indenização.

Dessa forma, o desfecho que o presente se realiza neste trabalho, na verdade se apresenta como o estímulo e fomento para a discussão do tema, bem como matriz científica, tendo em vista que o objeto do trabalho se perfaz contemporâneo ao que se propõe.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. 2.ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. Editora Revista dos Tribunais, 2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13.ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

Diálogos sobre direito civil. Gisela Sampaio da Cruz; Cana Wainer Chalréo Lgow [et al.]; organizado por Gustavo Fachin, Luiz Edson Fachin. – 3. v. – Rio de Janeiro, SP: Editora Renovar, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 13ª. Ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1997-1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**, v. 3. 17ª Ed.São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 4. Responsabilidade civil. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26.ed., rev., ampl., e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

Responsabilidade civil: novas tendências / Nelson Rosenvald [et al.]; organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. – 2.ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VÍTIMAS da lama esperam há 3 anos por indenização da Samarco no ES, **G1 Globo**, Vitória, ES, 31 julho de 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/es/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2018/07/31/vitimas-da-lama-esperam-ha-3-anos-por-indenizacao-da-samarco-no-es.ghtml>. Acesso em 14 de agosto de 2018.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Sistema del derecho romano actual**. F. Góngora y Compañía, 1879.

CRIAÇÃO DE UMA UNIVERSIDADE ABERTA DA TERCEIRA IDADE: ENVELHECENDO NAS CIDADES"

Adriano Rosa da Silva
Carlos Henbrique Vasconcelos Ribeiro
Rodrigo Chaves

Introdução

O envelhecimento da população brasileira é uma realidade, e para além de suas questões inerentes, ela tem sofrido impacto das transformações que se sucedem em nossa sociedade contemporâneas, quer sejam nas relações de trabalho, nas formas de inserção produtiva, nas perspectivas de comportamentos sociais, nas demandas por conhecimento e informação, na necessidade de reconhecimento da diversidade e do multiculturalismo, na manipulação genética, nas questões das identidades sexuais e na ressignificação do sentido da vida, o que passou a exigir de nós – enquanto grupos de pesquisa interessados nestes impactos –, novas abordagens e novos olhares.

A expansão do envelhecimento populacional no Brasil trouxe a necessidade de reconhecimento de novas demandas, provocando reflexões que se pautam pelas transformações na estrutura e nas relações da sociedade, gerando questões complexas e desafiadoras que precisam ser enfrentadas. Contexto que não é diferente se pensarmos a cidade do Rio de Janeiro. Dados do IBGE (2018) apontam há algum tempo para o rápido crescimento do número de idosos na cidade.

Como exemplo, ilustramos um pouco desta realidade na tabela abaixo:

População por faixas de idade de 1991 e 2010 e sua variação percentual

Faixas Etárias	1991	2010	Variação %
50 - 69	867.270	1.245.143	43,57 %
70 e +	245.189	454.667	85,44 %
Total	5.480.768	6.320.445	15,32 %

Fontes: (1) - IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral - 20 trimestre 2018 | (2)- IPP 2018 | (3) - Maior e menor Densidade Demográfica segundo as RAs. As RA – Região Administrativa: formadas por um ou mais bairros da cidade com fins administrativos, sendo ao todo 33 unidades.

Logo, tendo como referência esse crescimento consistente observado ao longo das últimas décadas, fica evidente que é preciso constituir espaços abertos para produção e troca de conhecimento, é necessário a realização de pesquisas que nos permitam conhecer e gerar dados que pautem as estratégias de ações públicas e privadas voltadas para esse grupo social específico, propiciando maior possibilidade de sucesso no planejamento destas iniciativas, especialmente, do poder público.

Enfrentar este desafio solicita de nós conhecimento e, para tanto, devemos problematizar a vivência e compreender a importância de mantermos uma participação ativa dos idosos na sociedade, tornando relevante uma formação continuada para vida que lhes permita bem vivê-la. Lidar com tantas questões que envolvem essa existência, como os conflitos geracionais, a perspectiva da saúde e da qualidade de vida, a atividade econômica e a aposentadoria, a marginalização e o estigma social, a transformação da mentalidade social, torna necessária a investigação, reflexão e compreensão acerca desta realidade.

Tal contexto exigirá de nós, como dito antes, um novo olhar, uma nova interpretação e a construção de novos caminhos. Ao nosso ver, uma alternativa significativa de propiciar este propósito está no desenvolvimento de um projeto de pesquisa-ação que, ao mesmo tempo, em que se interessa em conhecer e interpretar o fenômeno, possa proporcionar atividades que formem e possibilitem melhorarias na qualidade de vida, saúde e participação cidadã deste público. Para tanto propomos como ideia a implantação de um projeto baseado em atividades formativas, físicas e educativas, que os valorize como grupo social e colabore com uma inserção ativa na sociedade.

O projeto que pretendemos realizar, projeto de Universidade para a Terceira Idade na Universidade Santa Úrsula (USUNATI), tem como propósito a melhoria na qualidade de vida no processo de envelhecimento, buscando contemplar atividades que levem em conta o caráter holístico do ser humano. Assim, elas estão pensadas em um contexto de ensino, pesquisa e extensão, tripé de ação de uma universidade e que demonstra sua inserção com a sociedade. A ideia é que a estrutura do projeto como pesquisa-ação nos permita coletar dados, informações e, progressivamente, elaborar um centro de referência sobre a temática que se retroalimenta dos conhecimentos da universidade, e a partir das ações que estão descritas a frente, trarão impactos para o conhecimento sistematizado e também no papel da universidade que é a busca de soluções e melhoria de vida de nossa população.

O projeto está em sintonia com a missão institucional da universidade, *Serviam,* consolidado ao longo destes oitenta anos de existência. A Universidade Santa Úrsula, que se localiza no bairro de Botafogo, na rua Fernando Ferrari 75, segue realizando seu papel social de atendimento à população carioca, na formação de gerações que a procuram para sua formação profissional e cidadã.

Assim, nossa proposta soma-se a diversas outras que surgiram dentro das universidades brasileiras com o objetivo de dar assistência integral aos idosos, sobretudo na área da saúde. A iniciativa mais longeva é a encontrada na Universidade Aberta da Terceira Idade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UnATI/UERJ) que, desde o início da década de 1990 tem como o objetivo principal contribuir para "*a melhoria dos níveis de saúde física, mental e social das pessoas idosas*"1. Entretanto buscamos mais, desejamos estimular o exercício de uma cidadania plena, a partir de uma educação permanente. A proposta é tornar mais consciente o processo do envelhecimento, fazendo com que possam compreender sua inserção e significado na estrutura social e mobilizar-se para superar visões limitantes, elaborando novo conceito de vida.

Nossa proposta pauta-se nos eixos de atendimento aos idosos, com o objetivo de uma educação continuada, reforçando a ideia de que questões voltadas à qualidade de vida e saúde do idoso precisam estar presentes na formação de recursos humanos nos diferentes níveis, sobretudo na capacitação, na atualização e na especialização.

Por que implantar a USUNATI?

A proposta de implantação da USUNATI parte de algumas premissas.

Segundo dados do Instituto do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP), o estado tem o maior número de idosos do páis, com 24% da população acima de 60 anos. Já Copacabana com 30% e Flamengo 29% são os bairros cariocas que apresentam os maiores percentuais de idosos no Estado, segundo dados reunidos pela Stories imóveis, levantamento que ainda aponta que Ipanema (28%), Leblon (28%) e Méier (26%) são consecutivamente os demais bairros mais representativos desta populção acima de 60 anos.

A Zona sul carioca é uma região de atração, com ampla gama de serviços, bens culturais, lazer, mobilidade urbana e condições sócio-econômicas. Apresenta, também, várias comunidades/favelas, expondo de modo claro algumas das contradições e mazelas de nossa sociedade e sistema produtivo. Mas nesta população os idosos estão presentes e corroboram para os dados acima expostos. Significativo ressaltar, então, que não apenas os idosos com boas condições sócio-econômicas habitam a região

Independente das condições econômicas da população idosoa na realidade brasileira, esta ainda apresenta uma visão estereotipada a cerca dos idosos, representando negativamente sua participação social e reduzindo o potencial de sua identidade. E dentro do grupo de idosos, por mais que a situação pareça melhor para aqueles que possuem melhores condições econômicas, que eles possam corroborar para mudança sobre o papel social do idoso, ainda assim, sofrem o impacto das imagens socialmente construídas e as transformações tem sido lentas e gradativas.

Estas premissas nos fazem crer que a região apresenta as condições adequadas e necessárias a implantação de um projeto de pesquisa-ação como a USUNATI, isto é, tem uma demanda , um número expressivo de idosos, que não é contemplada por este tipo de atividade, por nós proposta. As instituições de ensino que aqui atuam não apresentam este tipo de projeto que pretendemos implantar.

O projeto tem potencial para proporcionar aos moradores do entorno o acesso a atividades que contribuirão para a construção de melhor qualidade de vida e um envelhecimento saudável, ampliando sua percepção e compreensão acerca do processo de envelhecimento e suas perspectivas de

atuação ativa na sociedade. A iniciativa do projeto se faz através de professores do corpo docente do Mestrado Profissional em Gestão do Trabalho para Qualidade do Ambiente Construído (MPGTQAC) da Universidade Santa ùrsula, que estão inseridos na linha de pesquisa Trabalho, Saúde e Sociedade, e que tem interesse na temática e vem realizando pesquisas com esta faixa etária da população.

Partimos do princípio de que a educação faz parte da vida do ser humano e deve ser realizada de forma contínua para permitir ao indivíduo buscar novos conhecimentos e desafios para ampliar ou mesmo manter sua perspectiva de atuação e inserção social, especialmente, no contexto da sociedade contemporânea, o que se aplica aos idosos, que com o aumento de sua expectativa de vida precisam se reinventar e tornar qualitativa sua vivência.

Carentes de espaços para a continuidade de sua formação e de espaços para reconstrução de laços sociais estes indivíduos se encontram ávidos por projetos e produtos que possam atender as suas demandas. Nossa proposta é realizá-la através da construção de um espaço multicultural e intergeracional, a USUNATI, proposta de Universidade para Terceira Idade, criando oportunidades de desenvolvimento e atualização de conhecimentos para permitir maior consciência acerca da realidade que vivenciam, maior percepção dos processos de transformações sociais que experimentam e para gerar maior integração social, valorizando sua importância e o seu significado social.

Almejamos estimular os encontros intergeracionais dentro da Universidade Santa Úrsula tanto em nível de pesquisa quanto nos outros dois pilares universitários, do ensino e extensão, pois no cenário institucional a atuação dos idosos também se faz presente, muitos professores já se enquadram nesta categoria, idosos.

O interesse em abordar sistematicamente esta questão se faz presente no nosso mestrado desde o ano de 2015, ano de nossa primeira turma.

Mas por que queremos implantar a USUNATI?

Nosso objetivo com o projeto de pesquisa-ação é avaliar os impactos para a saúde e qualidade de vida da implantação de uma UNATI dentro da Universidade Santa Úrsula. Para alcançar tal propósito pretendemos

construir um espaço social baseado no exercício constante da reflexão, da criatividade e da afetividade com o propósito de gerar melhor qualidade de vida e bem viver; realizar medições de dados corporais para o levantamento e formação de um banco de dados sobre as condições de envelhecimento na cidade do Rio de Janeiro; Proporcionar a melhoria na qualidade de vida do indivíduo idoso para mantê-lo integrado positivamente a sociedade; promover qualidade de vida e compreensão sobre o envelhecimento saudável a partir de atividades físicas, socioeducativas, culturais e de lazer, propiciando a eles os meios para reflexão e exercício pleno de sua vida e de sua cidadania; propiciar um campo de investigação e de produção científica contínuo e de qualidade sobre os impactos da prática da atividade física orientada e demais atividades de ocupação do tempo livre e divulgar junto à comunidade acadêmica e a sociedade os resultados obtidos com os alunos que vierem a fazer parte deste programa.

Como pretendemos implantar a USUNATI?

A USUNATI parte da premissa que o ser humano precisa ser compreendido como um ser total e integral, caracterizado por uma história, marcado pelo seu contexto social, seus valores e estilo de vida, que se desdobram e se refazem a partir de sua inserção nos ciclos da vida de modo atuante e participativo.

Para realização deste objetivo ofereceremos atividades que lhes permitam perceber e desenvolver melhor qualidade de vida e compreender o processo de envelhecimento, se preparando para uma nova realidade. O intuito é aprimorar o seu conhecimento e dotá-lo de possibilidades para vivência desta fase da vida, através de atividades de reflexão e prática, relacionadas as questões da vida cotidiana que são frutos de suas experiências e suas necessidades: as especificidades geracionais por que passam, as transformações físicas, sociais e emocionais. O intuito é propiciar sua ativa inserção contexto social mantendo sua autonomia e transformando a sua realidade.

Em um primeiro momento serão coletadas informações sócio econômicas e informações sobre dados de saúde do idoso, como idade, peso, alimentação, lazer, hábitos cotidianos, et, para que possamos traçar um perfil do público. Concomitantemente serão escolhidas atividades a se-

rem realizadas com eles a partir das unidades temáticas (cursos, oficinas, eventos e ação solidária) por nós estruturadas, que visam estimular seu desenvolvimento físico, intelectual e a construção de novas redes de sociabilidade. O desdobramento destas atividades e dados formarão um conjunto de dados que nos permitirão elaborar e aprimorar o cenário de pesquisa e extensão proposto.

Os cursos de graduação da Universidade Santa Úrsula já atendem esta demanda, mas a implantação de uma academia aberta da terceira idade permitirá, de forma efetiva, a circulação de pessoas e ideias, fazendo com que novas ações sejam realizadas. Como exemplo, o Curso de Graduação em Nutrição vem atendendo, há algum tempo, um público externo que se preocupa com a alimentação saudável e, por isso atende semanalmente pessoas que procuram este setor para receberem atendimento nutricional individualizado com professores e discentes no laboratório de Nutrição.

Na área de Psicologia, há também o atendimento de público externo através da clínica aberta, que recebe moradores que vem de diversas partes da cidade e não apenas do bairro de Botafogo e adjacências.

Ainda, em outra área do conhecimento, o Curso de Bacharelado em Direito tem atendimentos semanais em seu Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), em conformidade com as Diretrizes do MEC e que permitem a visita frequente de idosos em nosso *campus*.

Nossa ideia é incluir estas atividades em nosso repertório.

O fazer do trabalho gerará novos dados e permitirá o desenvolvimento contínuo de construção e formação de conhecimento acerca da temática. A estrutura proposta será organizada a partir de unidades temáticas (educação, atividade física, lazer e ação social) e que se desdobrarão, no contexto do projeto, em cursos, oficinas e eventos. As atividades serão realizadas em 2 ou 3 dias por semana, sendo duas atividades diárias com aproximadamente 45/50 minutos cada, funcionando de manhã ou à tarde, de acordo com a preferência do público. A previsão é realizar os cursos com 10 encontros, podendo existir uma continuidade temática. Trabalharemos com temáticas que envolvem aspectos da arte e sua subjetividade, mas também temáticas que envolvam a cultura e política, sexualidade e comportamento, música e coral, direito do idoso, tecnologia e redes sociais, empreendedorismo e sustentabilidade, hortas urbanas, saúde e cuidados, educação financeira, ergonomia e acessibilidade, atividades essas que já são desenvolvidas em muitas

ações do cotidiano da Universidade Santa Úrsula, através de seus cursos de Graduação, como escrevemos acima.

Para um trabalho específico com a cognição e memória estruturaremos uma oficina de jogos, tanto para prática quanto para criação de jogos. Nesta perspectiva serão associadas atividades incentivadoras, que ocorrerão mensalmente e englobam tarde de cinema, clube do livro e projeto de caminhadas. Os dois primeiros realizados com debates das obras e o terceiro, com a organização de atividades-campo, com caminhadas por espaços de memória e patrimônio da cidade do RJ.

As ações solidárias serão organizadas dentro do cenário do campus Botafogo em integração com os alunos da graduação, aqui pensamos em atividades como bingos, chás beneficentes e gincanas, para integração dos participantes e colaboração com entidades ou grupo sociais específicos.

A realização da proposta conta com o apoio da Universidade Santa Úrsula, que se compromete a ceder o espaço físico adequado a sua realização e a manutenção do espaço e dos equipamentos necessários ao funcionamento do programa, corroborando ainda, para uso futuro dos laboratórios e espaços de atendimento institucional, como a clínica de nutrição e o SPA de psicologia.

Para demonstração efetiva de nosso trabalho estabelecemos como Indicadores de desempenho da USUNATI o:

- Controle quantitativo da adesão ao projeto;
- Controle quantitativo de permanência do projeto;
- Criação de Cursos de Extensão voltados ao atendimento deste grupo;
- Controle quantitativo de dissertações do Mestrado Profissional de Gestão da Qualidade do Ambiente Construído (MPGTQAC) e trabalhos de conclusão de cursos da graduação voltados a pesquisar este grupo populacional dentro da Universidade Santa Úrsula;
- Controle quantitativo de Cursos de Extensão voltados a esta população;
- Controle quantitativo da criação de produtos e serviços voltados para esta população dentro da USUNATI;
- Controle quantitativo de iniciativas de voluntariado, a partir das ações permanentes com esta população.
- Avaliação qualitativa das ações acima descritas, através da realização permanente de encontros com o Comitê Gestor desta proposta.

- Avaliação qualitativa do projeto, através de reuniões e encontros com os grupos que aderem à USUNATI;
- Avaliação qualitativa do projeto através de reuniões acadêmicas através de seminários.
- Esperamos obter como resultados da realização do projeto:
- Implantação e construção da USUNATI como um espaço de vivência e integração;
- Melhoria da qualidade de vida e saúde do público idoso;
- Maior compreensão sobre o processo de envelhecimento do ponto de vista da correlação teoria e prática, sobretudo na formação profissional de centenas de alunos da Universidade;
- Produção de pesquisas, artigos, livros e atividades que ampliem o conhecimento e transforme as atitudes da sociedade em relação ao processo de envelhecimento;
- Integração entre o Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Santa Úrsula, com o estímulo de situações práticas para os alunos de graduação, com o fomento de pesquisas de Iniciação Científica e da criação de cursos de curta duração que tragam o que há de mais recente nesta área do conhecimento.

Considerações Finais

O projeto de pesquisa-ação é um instrumento relevante para a temática em questão, pois permitirá, concomitantemente, conhecer e transformar a realidade, impactando na melhoria da qualidade de vida e saúde dos idosos, possibilitando o exercício da cidadania no sentido de uma cidadania plena, demarcando novos signficados para o seu papel social, representação e inserção na sociedade.

Irá representar ainda o reforço na atual social da Universidade santa Úrsula que tem como missão o SERVIAM. Fortalecerá a atuação da linha de pesquisa Trabalho, Saúde e Sociedade do nosso mestrado, possibilitando a elaboração de um centro de referência sobre o tema.

Para finalizar contribuirá com a implantação de atividades e uma nova forma de atuação para esse público que ainda não existe de forma sistemática na região.

Referências

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 719 de 7 de abril de 2011. Institui o Programa Academia da Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília (8 abr. 2011); Sec.1:52.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.681, de 7 de novembro de 2013. Rede - Programa Academia da Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília (8 nov. 2013); Sec.1:37-8.

DA MOTTA, A. B. As dimensões de gênero e classe social na análise do envelhecimento. **Cadernos Pagu**, n. 13, p. 191-221, 2015.

DE MELO, M. C. et al. A educação em saúde como agente promotor de qualidade de vida para o idoso. **Ciência & saúde coletiva**, v. 14, n. 5, p. 1579-1586, 2009.

ESTEVES, P. S.; SLONGO, L.A.; ESTEVES, C. S. O crescimento da terceira idade: necessidade de adaptações no mercado. **Negócios e Talentos**, v. 9, n. 9, p. 33-48, 2014.

FERREIRA, J. S.; DIETTRICH, S. H. C.; PEDRO, D. A. Influência da prática de atividade física sobre a qualidade de vida de usuários do SUS. **Saúde em debate**. Rio de Janeiro, V. 39, N. 106, P. 792-801, Jul-Set, 2015.

KACHAR, V. A terceira idade e a inclusão digital. **Mundo saúde (Impr.)**, v. 26, n. 3, p. 376-381, 2002.

PACHECO, J. L. As universidades abertas à terceira idade como espaço de convivência entre gerações. **As múltiplas faces da velhice no Brasil**, v. 2, p. 223-250, 2003.

PIATO, R. S. et al. O papel da Universidade Aberta à Terceira Idade na educação ambiental. **Archives of health investigation**, v. 3, n. 5, 2015.

RAMOS, P. R. B. Idosos e direito à educação. **Revista Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2015.

RIBEIRO, l. c. de Q.; RIBEIRO, M. g. (orgs.): IBEU: índice de bem--estar urbano. Rio de Janeiro: **Letra Capital**, 2013. Disponível em: http://www.observatoriodasmetropoles.net/images/abook_file/ibeu_livro.pdf - Acesso: 13 mai. 2019.

SPERANDIO, A.M.G.; FRANCISCO FILHO, L.L.; MATTOS, T.P. Política de promoção da saúde e planejamento urbano: articulações para o desenvolvimento da cidade saudável. Artigo Opinião. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. 10 anos da Política Nacional de Promoção da Saúde, v. 21, n. 6, p. 1931-1937, ABRASCO Associação Brasileira de Saúde Coletiva, junho 2016.

UNICOVSKY, M. A. R. A educação como meio para vencer desafios impostos aos idosos. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 57, n. 2, p. 241-243, 2004.

TORRES, L.; CARVALHO, B. No diado idoso, pesquisa aponta o aumento da violência contra a população idosa no RJ. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/01/no-dia--do-idoso-pesquisa-aponta-aumento-da-violencia-contra-idosos-no-rj.ghtml>. Acesso em 10 out. 2019

Copacabana e Flamengo são os bairros com mais idosos no RJ. 2017. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/dino/copacabana-e-flamengo-sao-os-bairros-com-mais-idosos-no-rio-de-janeiro,-998390121f0eb3e37a15cce1e78bc00d02cz4q13.html>. Acesso em 10 out. 2019.

A LEI 12.403/2011 E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA NO BRASIL SOB A ÓTICA DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Decildo Alves de Sousa
Almair Morais de Sá
Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal é regido pela máxima constitucional da presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVII, da Carta Magna, a qual garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Nesse sentido, Lopes Jr. (2015) afirma que a observância do preceito da presunção de inocência é o balizador que possibilita verificar a qualidade de um sistema processual em decorrência de sua eficácia.

Destaca-se a importância da consagração desse princípio para o processo penal quando, através de uma análise histórica, constata-se que em um passado não tão distante, que nos remete ao regime militar, a prisão preventiva era aplicada como antecipação da pena e não como medida cautelar destinada a assegurar a efetividade do processo. Diante disso, surge a necessidade de consolidar no ordenamento jurídico pátrio o entendimento de que a prisão preventiva consiste em instrumento a serviço

do processo, que tem como principais características a cautelaridade e a excepcionalidade, mas nunca a punição anterior à sentença penal condenatória transitada em julgado.

Outrossim, deve-se atentar para a regra da proporcionalidade, derivada da presunção constitucional de inocência, que impõe ao magistrado o dever de observar no caso concreto, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida cautelar pessoal a ser imposta contra o indiciado ou acusado. Caso contrário, não haverá motivos autorizadores desta medida. É neste contexto que o sistema de cautelares penais deixa de ser binário (liberdade provisória e prisão cautelar) para tornar-se polimorfo, haja vista as novas medidas acautelatórias diversas, enquanto mecanismos mais amenos que a imposição da prisão processual, e que também são capazes de dar efetividade ao processo penal.

Todavia, vale destacar a problemática que surge para aplicação de medidas cautelares levando-se em consideração os fins do processo penal. Isto porque de um lado foram impostas restrições ao exercício do poder punitivo pelo Estado, ao se estabelecer garantias constitucionais em favor do acusado, a exemplo da presunção de inocência, a fim de salvaguardar direitos fundamentais do indivíduo; em contrapartida, há o interesse na efetividade do processo, na busca pela concretização de valores também constitucionalmente estabelecidos, para que ao final do devido processo legal, seja dada uma resposta à sociedade.

Observa-se que com o aumento da criminalidade e a consequente busca por punições aos infratores, a sociedade tende a enxergar as medidas cautelares como meios que promovem a impunidade e a insegurança, havendo um clamor social por medidas mais severas em prol do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado, a fim de restabelecer a ordem pública desestabilizada após o cometimento de um crime, bem como reprimir a prática de novas infrações.

Considerando a discussão que desponta, a relevância desse estudo decorre da inversão que a Lei 12.403/2011 promoveu no sistema cautelar penal, ao garantir que a liberdade do imputado no curso da investigação e da instrução seja a regra, e a prisão a exceção. Por esta razão, a referida lei trouxe a possibilidade de se aplicar medidas cautelares diversas que são mais brandas e igualmente capazes de permitir que o processo penal seja efetivado, em comparação ao encarceramento preventivo.

Diante disso, a motivação para desenvolver esta pesquisa decorre da análise dos institutos processuais penais que repercutem na esfera particular do indivíduo e que, por conta disso, possuem grande relevância e exigem normas minuciosas para sua aplicação. Ademais, destaca-se também a necessidade de concretização do objetivo pretendido pela Constituição Federal ao dispor sobre a presunção de inocência enquanto princípio garantidor, qual seja, assegurar direitos fundamentais, como o da liberdade, aos indivíduos acusados de praticarem crimes.

Por fim, efetivar direitos conforme as exigências impostas ao legislador pela realidade social consiste em um dos principais desafios da ciência jurídica, pois diante de um fato busca-se através da lei encontrar uma solução possível e razoável, e o jurista, aplicador da lei deve efetivá-la, adequando-a ao contexto social (tempo e espaço).

O objetivo geral deste trabalho é analisar a prisão preventiva no Brasil à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Busca-se, especificamente: problematizar o conceito de dignidade humana e como ele se configura enquanto princípio constitucional; analisar o instituto da prisão preventiva, bem como a observância do princípio da presunção de inocência como garantia processual penal.

Partindo da premissa geral da igualdade de tratamento no processo penal frente à dignidade da pessoa humana, porquanto se tenta analisar a efetividade da prisão preventiva e das demais cautelares substitutivas do processo penal valorizando neste diapasão a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade da presunção de inocência cominado a valorização do ser humano no seu íntimo.

Quanto aos objetivos, este estudo classifica-se como exploratório e explicativo. A abordagem é qualitativa, porquanto, analisa os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação de dispositivos legais atinentes as medidas cautelares penais. Quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica para conhecer as causas e consequências da persecução penal no âmbito do infrator com escopo de se garantir a efetividade da persecução penal aliado a preservação da dignidade da pessoa humana e a salvaguarda da presunção de inocência em respeito à própria Constituição de 1988.

Imperioso, ainda, ressaltar que o trabalho em epígrafe se fundamenta no estudo doutrinário e normativo dos dados concernentes ao processo

penal (vítimas e criminosos) no tangente ao respeito da dignidade da pessoa humana e as hipóteses de encarceramento. Buscou-se dados em níveis locais acerca do enfrentamento da criminalidade e dos fatores globais que envolvem vítima, criminoso e a própria sociedade atrelada à efetividade da prisão preventiva. Os resultados foram definidos em relação às hipóteses de cabimento da prisão preventiva e/ou aplicação das cautelares diversas da prisão, mas com fito inequívoco de consagrar o princípio constitucional da presunção de inocência e da excepcionalidade do encarceramento, visto que a regra deve ser a liberdade do indivíduo.

Dividiu-se a presente produção acadêmica em três capítulos, os quais versam em sua extensão acerca da prisão preventiva no Brasil à luz do princípio da presunção de inocência, além do estudo do próprio processo penal no tangente ao cumprimento provisório da pena e sua (in)constitucionalidade em conjunto com a medida cautelar da prisão preventiva.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como uma fundação essencial para a efetivação do estado democrático de direito, o Art.1°, III, da Carta Magna diz que:

> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Com isto fica claro que o estado brasileiro tem o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como essencial para a convivência em sociedade. Entretanto, a dúvida do que exatamente seria dignidade da pessoa humana é bastante comum, visto que este é um conceito abrangente. Sarlet (2011, p. 73) descreve dignidade da pessoa humana como:

> [...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

> parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co – responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Partindo desta definição, entende-se a dignidade da pessoa humana como uma forma de preservar a igualdade entre as pessoas, ter a garantia de ser respeitada como pessoa e de que "todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano" será combatido por este princípio; isto traz segurança no sentido de o ser humano resguardar sua posição perante qualquer outro. Tal princípio assegura um trato igualitário às pessoas, trazendo em si uma precaução de assegurar a vida digna e garantindo-lhes também o devido respeito e resguarde dos seus direitos e deveres como cidadão.

Após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de proteger os direitos humanos a nível micro, compreendendo cada ser como indivíduo digno e intitulado de seus próprios direitos. Para garantir a existência de tais direitos, diversos institutos foram criados com intuito de proteger e garantir a segurança e respeito à condição de ser humano, a fim de resguardar as pessoas de qualquer atrocidade ou violação.

É necessário entender que garantir a dignidade da pessoa humana como um princípio contido nas constituições é se prevenir de situações semelhantes às acontecidas na primeira e principalmente na Segunda Guerra Mundial, e entender o ser humano como sujeito de direito, garantindo-lhe segurança e intangibilidade.

Embora diversos doutrinadores defendam não haver hierarquia entre princípios, faz-se necessário, dando-lhes o devido respeito em suas opiniões, destacar o pensamento contrário, pois é necessário entender a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador aos demais, visto que é função do Estado garantir que todos os seres humanos sejam tratados de maneira leal, respeitosa, igualitária. Nesse sentido, Flávia Piovesan (2000, p. 54) comenta:

> A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Essa compreensão dialoga perpendicularmente com o princípio da presunção de inocência, pois este estabelece que todos são presumidamente inocentes até o trânsito em julgado de sentença condenatória, não podendo alguém ser preso antes antes disso, exceto em caso de prisão cautelar devidamente fundamentada, tudo conforme previsão do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Para Nucci (2015, p. 90), esse princípio:

> Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Lopes Jr. (2015) corrobora com esse entendimento ao defender que o princípio da presunção de inocência tem sua atuação tanto na parte interna quanto na parte externa do processo. No que concerne à parte interna, impõe que o ônus da prova cabe à acusação e em caso de dúvida o réu deverá ser absolvido; impõe também duras restrições à decretação das prisões provisórias antes do fim do processo. Referente à parte externa, o princípio da presunção de inocência tem o condão de proteger o indivíduo da publicidade abusiva para que este não seja estigmatizado precocemente. Contudo, de acordo com Moraes (2015, p. 107):

> A consagração do princípio da inocência [...] não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre o seu status *libertatis*.

Nesse sentido, entende-se a presunção de inocência como princípio máximo que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se encontra encartado na Constituição da República de 1988. Em mesmo diapasão, depreende-se que o réu só deve ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgada, em contramão do recente entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal), que decidiu ser válida a execução da pena após decisão colegiada de tribunais.

Entretanto, para fins de cumprimento dos atos processuais, eventualmente a Constituição se vale da prisão preventiva, caso este seja o ato considerado mais eficiente para o andamento dos trâmites judiciais. Desponta esta discussão na seção seguinte.

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A priori, a prisão preventiva consiste em espécie de prisão cautelar de natureza processual, enquanto modalidade de medida acautelatória pessoal, que recai sobre o imputado, privando-o do seu direito à liberdade de ir e vir durante a persecução penal.

No dizer de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p.549):

> [...] a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.

A prisão preventiva consiste em providência que recolhe o indivíduo ao cárcere, quando ainda não foi prolatada sentença condenatória definitiva, servindo, exclusivamente, aos fins do processo, em decorrência da urgência e necessidades verificadas no caso concreto.

Esta medida prisional tem o objetivo de assegurar a regularidade da investigação policial e da instrução criminal, a aplicação da lei penal, bem como garantir a preservação da ordem pública ou econômica, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, mas nunca para punir antecipadamente o acusado presumido inocente. É neste ponto que a prisão preventiva se diferencia da prisão penal propriamente

dita, pois esta última é instituto do Direito Penal, enquanto àquela é medida do Direito Processual Penal, consistindo, portanto, em instrumento do instrumento.

Assim, destaca-se que a natureza jurídica da prisão preventiva é precipuamente de medida processual, pois atua como instrumento de realização do processo principal, tendo finalidade cautelar, não se confundindo com a pena, pois segue a regra constitucional da presunção de inocência.

Como bem alertou Rangel (2015, p.752):

> [...] não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros etc. ocorrendo nas metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia; outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, **no curso do processo**, o réu ser preso. (Grifo do autor).

Por essa razão, não se admite outra justificativa para imposição da medida prisional que não seja a extrema e comprovada necessidade de garantir a efetividade do processo penal diante das circunstâncias fáticas, quando houver risco para a eficaz prestação jurisdicional, e, ainda, segundo a lógica implementada pela Lei 12.403/11, quando outra medida cautelar menos gravosa não for suficiente para alcançar o fim desejado. Isto se deve ao caráter excepcional que passou a assumir a custódia preventiva diante das medidas cautelares alternativas, por força dos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade e proibição do excesso.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou em seu art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência como garantia processual penal (MORAES, 2015, p.125). O objetivo deste preceito é assegurar aos indivíduos que compõem a relação

processual penal na condição de réu, que sejam presumidos inocentes até o advento de sentença condenatória irrecorrível, assim dispondo: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988). Além deste dispositivo, a Carta Magna estabeleceu ainda em seu art. 5º, inciso LXI, outra regra fundamental a ser observada quando da imposição de medida prisional, que trata da obrigatoriedade da motivação desta indispensável providência por parte da autoridade judiciária, *in verbis*:

> Art. 5º. [...]
>
> [...]
>
> LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (grifo nosso). (BRASIL, CRFB, 1988).

No que concerne à prisão cautelar, destaca-se a presunção de inocência como o mais relevante princípio orientador da aplicação desta medida. A respeito disso, afirma Gomes Filho (2015, p.20):

> Dentre os princípios constitucionais que interessam ao exame do tema da prisão cautelar, o primeiro, na ordem de importância, é o da presunção de inocência, que informa os ordenamentos contemporâneos em que o processo penal é concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas com respeito aos valores inerentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

O doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 687) dá importante contribuição a essa discussão, ao concluir que:

> [..] o princípio da não-culpabilidade (ou inocência) encontra sua mais radical fundamentação na incerteza, enquanto ponto de partida. Praticado um fato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei.

Desta forma, enquanto não for reconhecida a autoria de um ilícito criminal, mediante sentença condenatória transitada em julgado, o indivíduo que responde ao processo penal deve ser presumido inocente, incumbindo à acusação o ônus de provar a ocorrência e a autoria do fato delituoso (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.61).

Neste sentido, Oliveira (2014, p.48) destaca que:

> Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativamente à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Seguindo esta mesma orientação, convém salientar o entendimento de Rangel (2015, p.26), segundo o qual:

> [...] a visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5º, LVII, refere-se ao ônus da prova. Pensamos que, à luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar sua culpa.

Constata-se, pois, que o princípio da presunção de inocência promove a inversão do ônus da prova para o Ministério Público, o qual deve provar o fato narrado na denúncia, demonstrando a materialidade do delito e a autoria da infração penal. Caso contrário, por força do que dispõe o art. 386 do CPP, o juiz absolverá o réu em razão de: estar provada a inexistência do fato (inciso I); não haver prova da existência do fato (inciso II); estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (inciso IV); e por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V) (BRASIL, 1941).

Com efeito, ressalta-se oportunamente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, reafirmando o seu posicionamento acerca do princípio da não-culpabilidade com observância estrita ao disposto na Carta Maior de 1988, ao prolatar acórdão, com efeitos entre as partes e não retroativos, em julgamento ao Habeas Corpus nº 73.338/RJ:

> HABEAS CORPUS. PROVA CRIMINAL. MENORIDADE. RECONHECIMENTO. CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54). INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU. CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIS. EXACERBAÇÃO DA PENA. DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA. LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO. PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. [...]** O poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e

> protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. HC-73338/RJ. Habeas Corpus. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJ: 19/12/1996, P.51766. Julgamento: 13/8/1996. Primeira Turma. (RANGEL, 2013, p.32-34. Grifo nosso).

Vale frisar que a presunção de inocência não tem caráter absoluto, pois ainda que seja assegurado ao acusado o direito de ser considerado inocente, é admitida prova em contrário pelo Ministério Público, detentor do ônus da prova de acusação, como já demonstrado anteriormente. Trata-se, pois, de presunção *iuris tantum* (FULLER, 2015, p.24).

Por outro lado, muito se discutiu acerca da constitucionalidade da prisão cautelar diante da presunção de inocência – princípio reitor do sistema processual penal – sob a perspectiva de que não seria possível coexistir uma norma de proteção da liberdade individual juntamente com um instituto destinado ao aprisionamento do acusado antes mesmo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ainda que previsto na própria Constituição. É justamente nesse aspecto que a presunção de inocência ganha maior relevância, justamente por encartar o preceito constitucional que reza que ninguém será considerado culpado sem que haja sentença penal condenatória com trânsito em julgado, haja visto que a liberdade do indivíduo deve ser tratada como regra, sendo o enclausuramento uma exceção que será utilizada em último caso.

Neste ponto, assevera Moraes (2015, p.126):

> A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção juris tantum de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status libertatis.

Como bem destaca Oliveira (2014, p.48), o princípio da presunção de inocência requer que a privação da liberdade anterior à sentença penal definitiva assuma natureza cautelar, pois veda que tal medida promova a

antecipação dos resultados finais do processo, somente podendo ser fundada em razões de real necessidade ou na indispensabilidade da providência, destinando-se à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. Neste sentido, insta salientar o que dispõe o art. 283 do CPP (com nova redação determinada pela Lei 12.403/2011), em conformidade com a regra contida no art. 5º, LXI da CF, acerca da possibilidade de aplicação do provimento cautelar prisional antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, assumindo caráter excepcional, sem, contudo, promover a execução provisória da pena, visto que impera a presunção de inocência, vejamos:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Diante disto, verifica-se que os dois preceitos constitucionais coexistem no ordenamento jurídico pátrio e delimitam mutuamente a concepção um do outro. Se por um lado o instituto da prisão preventiva constitui um limite objetivo à compreensão da presunção de inocência; por outro, este princípio consiste em verdadeira limitação à imposição da prisão preventiva como prévia antecipação da pena, devendo esta medida cautelar assumir caráter excepcional.

Ressalta-se ainda, que do princípio da presunção de inocência decorre outro mandamento constitucional de fundamental importância para o tema da medida cautelar pessoal imposta ao acusado, qual seja, o princípio da proporcionalidade, que requer observância seja para imposição de prisão preventiva (medida mais gravosa), seja para aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere (medidas menos gravosas).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto no presente trabalho, verifica-se que a Lei 12.403/2011 e sua reforma processual penal contribuíram significativa-

mente para consolidar a prisão preventiva como providência cautelar de caráter excepcional, ao estabelecer medidas alternativas ao encarceramento provisório, convergindo para a regra da presunção de inocência consagrada pela Constituição Federal.

Segundo a nova sistemática implantada pela supracitada lei, a prisão preventiva poderá ser decretada de forma autônoma, independentemente da aplicação de qualquer medida cautelar anterior, mas tão somente quando outra medida não for suficiente para o fim almejado. Para tanto, deverão estar presentes os requisitos do art. 312, do CPP, além das condições de admissibilidade do art. 313, do mesmo diploma.

Além desta hipótese, a prisão preventiva poderá ser imposta como conversão da prisão em flagrante, se presentes seus requisitos. Ou ainda, em decorrência da substituição de alguma medida anterior aplicada, em caso de descumprimento, pelo investigado ou pelo acusado, de qualquer das obrigações impostas (art. 282, §4º, CPP). Outrossim, para sua decretação deverão ser demonstrados os pressupostos legais, os requisitos (*fumus commissi delicti*), bem como a incidência de uma, ou mais, circunstâncias fundadas no *periculum libertatis*.

A Lei 12.403/2011 com medidas restritivas da liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória apresentam-se agora como exceção, tendo a sua imposição autorizada apenas em situações excepcionais quando o cárcere for estritamente indispensável para a instrumentalidade da persecução penal e não mera antecipação da pena. Acrescenta-se ainda, a importância do princípio da proporcionalidade acerca do tema discutido, pois estabelece critérios como o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, possibilitando ao magistrado realizar o juízo de ponderação para aplicar a medida mais compatível ao caso concreto.

Por fim, convém frisar que o clamor público não poderá constituir em motivo autorizador da imposição de prisão preventiva, pois cumpre ao Estado o dever de garantir a integridade física e mental do autor do fato-crime. Assim, o encarceramento do indivíduo não pode substituir a responsabilidade do Estado de manter a ordem e a paz social, através de políticas públicas voltadas para a redução da criminalidade, pois este não é um dos fundamentos da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br

/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Ângela C. Cangiano. **Código de Processo Penal Comentado.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães et al. **Medidas cautelares no processo penal:** prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. rev. e ampl. Atual. De acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIUM, 2014.

MANEJO DA AÇÃO POPULAR BRASILEIRA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: CASOS DELINEADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Decildo Alves de Sousa
Almair Morais de Sá
Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a uma análise do uso da Ação Popular como instrumento democrático para garantir-se a preservação do interesse público como escopo máximo a ser atingido em um Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, é público e notório os casos de corrupção que assolam nosso país, em especial aqueles que lesam o erário e ferem os princípios regentes de um Estado Democrático de Direito, pois a própria dignidade da pessoa humana é atingida, haja vista não ser possível ter uma vida plena, conforme dispõe o texto constitucional sem o bom uso das verbas públicas.

A vulnerabilidade da economia e a desigualdade social que amplia a distância entre ricos e pobres no Brasil revelam indubitavelmente a má-gestão das verbas públicas, e, em tal cenário, torna-se imperioso que o

cidadão, como titular do poder, fiscalize e proponha medidas que combatam à corrupção. Um mecanismo eficaz para tal intento é o manejo da Ação Popular no controle dos gastos públicos e em defesa dos princípios e garantias fundamentais estabelecidas, em especial, pela Constituição Federal de 1988.

Vive-se, ainda que teoricamente, em um Estado Participativo Gestacional, pois a Constituição prevê meios da participação direta e indireta do controle dos nossos governantes e na influência do processo democrático, a exemplo do voto (direto, secreto, universal e periódico), da ação popular, da oportunidade legislativa por iniciativa popular, dentre outros meios de igual objetivo. Porém, tais mecanismos ainda são utilizados de forma deficitária, visto que não há uma difusão sistemática de conhecimentos que visem levar à população a concretamente combater a destinação ilícita das verbas públicas, maculando, portanto, os ideais e a base de princípios norteadores da legalidade e da ética na Administração Pública.

A Ação Popular apresenta-se como um instrumento constitucional apto a controlar os atos governamentais em *lato sensu*, bem como a estabelecer rigorosa fiscalização dos governantes, exigindo-se, nesse cenário o máximo respeito e zelo pelas finanças públicas, todavia, tal instrumento constitucional não é difundido perante o meio social; grande parte da população sequer saber que é possível tutelar a moralidade administrativa por meio da ação em comento.

Deste modo, esta pesquisa analisa as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) no tangente aos gastos públicos e na própria preservação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, a exemplo do princípio corolário da dignidade da pessoa humana, pois Para Nucci (2016, p. 13), "visualiza-se o conjunto dos princípios constitucionais da seguinte forma: todos devem ser interpretados à luz do princípio maior da dignidade humana, além de todos convergirem para o bem comum e progresso da humanidade". Neste contexto, Nucci defende que a dignidade da pessoa humana é estabelecida como um conjunto de princípios que balizam o bem comum, ou seja, que a base normativa-principiológica deve buscar consagrar uma existência digna em sentido amplo.

Portanto, da análise dos julgados do STJ e STF serão extraídos os fundamentos teóricos necessários à propositura de mecanismos efetivos

no controle dos gastos públicos, com foco na defesa do cidadão, conforme apregoado pela Carta Maior de 1988, fundamentando-se a argumentação por meio de obras jurídicas e sociológicas que versem sobre o tema central deste projeto de pesquisa.

A AÇÃO POPULAR

A ação Popular é remédio constitucional apto a combater, em especial, o mau uso do dinheiro do povo e encontra previsão no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal que aduz:

> Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988).

A Ação Popular encontra-se regulada, ainda, pela Lei nº 4.717/65 que prevê os atos processuais relevantes à propositura deste remédio constitucional, demonstrando, portanto, fortificação deste dispositivo constitucional e a clara intenção do legislador em oferecer proteção a "coisa pública" em todas as acepções imagináveis, a começar pela própria proteção ao direito fundamental da vida, não uma vida qualquer, mas uma vida plena e edificadora.

Salienta-se que inicialmente somente o cidadão pode propor a referida ação, não se confundido, neste caso, com a Ação Civil Pública, sendo esta, primordialmente proposta pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Entidades de Classe (conforme disposição legal), dentre outros. Porém, como fiscal da lei (*Custos Legis*), o Orgão Ministerial atua na Ação Popular indiretamente, em um primeiro momento, podendo, inclusive, secundariamente, assumir a ação em caso de desistência do cidadão, revelando, desta feita à intensa preocupação do legislador originário de proteger o erário (art. 129, II, III e IV, da Constituição Federal; art. 129, § 1º, da Constituição Federal; Art. 5º da Lei n. 7.347/85).

Da disposição constitucional extrai-se que a ação constitucional em comento é utilizada para anular ato lesivo ao patrimônio público (aqui en-

tendido, segundo doutrina majoritária, como todos os bens e serviços públicos a serviço do cidadão), à moralidade administrativa (entendido, neste caso, como o dever de probidade do gestor público), ao meio ambiente (representado, especialmente, no que alude o artigo 225 da Constituição da República de 1988 que garante a todos o direito a um meio ambiente são e equilibrado em toda as suas acepções), e ao patrimônio histórico e cultural (representado em um contexto semântico de ampla proteção à identidade sociocultural dos povos, bem como ao irrestrito zelo pelos bens públicos de qualquer espécie) (ZANELLA, 2010).

É imperioso ressaltar que a ação popular possui requisitos objetivos e subjetivos à sua propositura: o primeiro refere-se, de acordo com o STF, a preservação do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa, pois, de acordo ainda com a Corte Constitucional, a Ação Popular possui amplo espectro de atuação jurídico-processual. Já o requisito subjetivo diz respeito à legitimidade à propositura da ação constitucional em debate, pois somente o cidadão poderá originariamente intentá-la. De acordo com a Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, entende-se como cidadão o indivíduo que está em gozo dos seus direitos políticos, ou seja, que possui a capacidade eleitoral ativa e/ou passiva, comprovando-se tal situação por meio do título de eleitor.

A Corte Maior Brasileira entende, ainda, que não é necessário o esgotamento das vias administrativas para intento da Ação Popular, visto que a proteção dada pela referida ação é de suma importância na promoção dos direitos e garantias fundamentais que, muitas vezes, são surrupiados pelo uso indevido das verbas públicas, desde os casos de corrupção (cita-se atualmente e com destaque a Operação Lava Jato), até o mau gerenciamento das finanças estatais, passando, inclusive, pelo viés amoral que muitos políticos imprimem em suas práticas.

Atualmente, o Brasil vive uma profunda crise política e social, marcada pelo crescimento das desigualdades sociais, desemprego, crise inflacionária, descrédito na classe política, dentro outros, e isto é justamente desencadeado, em grande medida, pelo mau uso das verbas públicas, com desvio de dinheiro, superfaturamento de obras estatais, propinas para abastecimento de mandatos eletivos, evidenciando, de tal sorte, a má-gestão e o detrimento do bem público em favor dos enojáveis interesses privados.

É inadmissível que prevaleça o interesse do administrador em detrimento do bem da coletividade, revelando, portanto, um atentado claro aos princípios que regem a administração pública, em especial, os princípios da Legalidade (o governante só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza), da Impessoalidade (o governo deve ser do povo e para o povo, não podendo o administrador dar zelo aos interesses de cunho privado), da Moralidade (revela-se, exemplificativamente, pelo dever ético de probidade), da Publicidade (os atos governamentais, em regra, devem ser públicos, pois vive-se em um Estado Democrático de Direito, conforme apregoado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil) e o da Eficiência (deve-se buscar os menores gastos com as verbas públicas e otimizar o atendimento à coletividade, prezando-se pela celeridade e qualidade dos atos públicos).

A corrupção institucionalizou-se em nosso país por meio da classe política em um contexto onde há a luta do poder pelo poder a qualquer custo, inclusive utilizando as verbas públicas para a perpetuação no poder, desmoralizando a ideia de cidadania e democracia. A democracia, por sinal, deve-se pautar pela institucionalização da supremacia do interesse público em face do interesse privado, assim como no claro marco compromissório de reforçar-se o poder popular e uma atuação ativa como efetivo titular do poder político de uma república, demonstrando que a população deve ser firme no combate à corrupção, por meio dos instrumentos que a Constituição Federal oportuniza aos referidos cidadãos.

Nesse diapasão, a Carta Magna de 1988 é peça fundamental, visto que traz as garantias e direitos fundamentais e coletivos atinentes à própria existência do homem enquanto um ser titular de direitos e obrigações. Dentre estas garantias principiológicas, destacam-se: o exercício da cidadania, o respeito à dignidade da pessoa humana e a soberania popular.

Nossa Constituição vigente foi inspirada indiretamente no lema da revolução francesa, pautando a liberdade, a igualdade e a fraternidade como sendo basilares de uma sociedade sã, encartando na Carta Magna a inequívoca proteção ao meio social e a vivência plena do homem, e, nesta linha, só haverá uma existência digna se as finanças estatais foram destinadas de forma correta, e tal destinação só será possível se houver rigorosa fiscalização, principalmente pelos principais interessados, qual seja a própria população (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002).

O artigo 1º da CRFB de 1988 revela-nos que a titularidade do poder é do povo e que este será exercido direta e indiretamente por representantes democraticamente eleitos. Neste sentido, entende-se que há a limitação do poder público estatal em relação aos gastos com as verbas públicas, onde o interesse particular jamais poderá ser posto em patamar superior ao interesse público.

O mau uso do dinheiro público acarreta um sucateamento da saúde, extrema pobreza, marginalização, estigmatização das classes, falta de emprego e moradia, dentre tantos outros, só a título exemplificativo, revelando as grandes sequelas da destinação ilícita do dinheiro público (FERRAZ E FINAN, 2007), afinal, o próprio Poder Constituinte Originário, segundo defende doutrina amplamente majoritária, é de titularidade do povo, portanto, o governo é do povo e deve ser feito e destinado ao povo em todas as compreensões, primando pelo bem público de forma irrestrita e integral, refutando-se veementemente a destinação corrupta das verbas públicas.

O mau uso das verbas públicas revela um grande desperdício financeiro, atingindo, desta feita, o próprio crescimento do PIB (Produto Interno Bruto) e fomentando o aumento das desigualdades sociais representando, portanto, gravíssimo custo econômico e a promoção de intensas e profundas mazelas sociais e econômicas, destacadas pela má-distribuição de renda e a consequente pobreza extrema, saneamento básico deficitário, mortalidade infantil, dentre outros fatores negativos (PINHEIRO, 2016).

O Brasil está entre os países mais corruptos do cenário mundial, revelando o desvirtuamento dos nossos governantes e, indiretamente, dos que os elegem, trazendo profundas consequências ao sentimento republicano e aos ideais democráticos regentes de uma sociedade equilibrada e que se preocupa verdadeiramente com a sua população.

Observa-se que a corrupção se encontra nos três níveis de poderes, expondo repetidamente que o Setor Público em sentido amplo não respeita os ideais democráticos e põe em risco a sociedade em geral, denotando, de tal feita, um risco à própria existência e manutenção de uma vida sã, digna e conforme os ditames do bem comum e da promoção social.

O combate à corrupção revela-se indispensável, assim como o controle dos gastos públicos por meio dos instrumentos constitucionais pertinentes, com destaque a Ação Popular, por representar instrumento legí-

timo e idôneo próprio do cidadão. A luta contra a corrupção e contra os corruptores converge para o fortalecimento das instituições democráticas, objetivando reduzir as desigualdades sociais e a construção de uma justiça social plena.

CONTROLE E EFICÁCIA

Michel Temer, presidente da República no período 2016-2019 e renomado professor constitucionalista, aduz que: "Se é coisa do povo, a este cabe o direito de fiscalizar aquilo que é seu. Pertence-lhe o patrimônio do Estado. Por isso é público" (1992, p. 185). Depreende-se o iminente direito de fiscalização que o povo deve exercer sobre as finanças públicas.

Apesar das grandes lições constitucionalistas, o eminente doutrinador Michel Temer, apontado como um dos envolvidos em notórios casos de corrupção e sendo ilegitimamente alçado ao cargo máximo do executivo por meios expurgos, indignando grande parcela da população e dando vasão ao coro popular: "Fora, Temer", revelando, desta feita a intensa corrupção no Brasil e não-legitimação populacional.

No mesmo diapasão, define José Homem Corrêa Teles:

> Dizem-se populares as ações que podem ser intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação ou defesa de coisas públicas[...] nada obsta a qualquer pessoa do povo poder demandar de outro que usurpou o terreno baldio público, ou embargar-lhe a obra prejudicial ao lugar público, como a rua, rio, etc. (TELES, 2018, p. 44).

Revela-se, portanto, que o governo é do povo e para o povo, onde o controle deve ser exercido por mecanismos estruturantes e que elevem o cidadão ao papel de destaque que lhe cabe, pois a própria origem etimológica do termo República (coisa do povo) é enunciativa de que cabe ao Estado gerir com eficiência, probidade, legalidade e com fito social as verbas públicas.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos (2000, p.323), "o controle nada mais é do que o conjunto dos meios de que dispõe a Administração Pública para cumprir a atribuição de reposição da ordem jurídica e da efi-

cácia administrativa". Desta feita, o controle da Administração Pública é representado pelo conjunto de meios que o cidadão dispõe para fazer um verdadeiro controle finalístico dos atos públicos, com escopo de proteger o erário, a ordem democrática positiva e a própria eficácia estatal.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em decisões em sede de Ação Popular, Ação Civil Pública e as próprias ações criminais vêm demonstrando nos casos concretos que o enriquecimento ilícito e os profundos danos ao erário estão presentes, principalmente, na alta classe política, e por vezes, nas próprias instituições democráticas que deveriam zelar pelo bem público.

Entende-se, em mesmo plano, que tais atos corruptos violam a própria base principiológica de um Estado Democrático de Direito, ferindo, de tal feita, a própria ordem jurídica. Veja-se a lição sobre o tema apregoado pelo ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 818):

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Aponta-se nessa linha que a preocupação por uma administração pública honesta, proba e ética é contundente e representa um direito do cidadão em tutelar os seus interesses individuais e os direitos coletivos homogêneos. Os estudos empíricos das principais decisões do STJ e do STF mostram-se oportunos, pois desta análise é possível à extração de novos meios/métodos que robusteçam as práticas anticorrupções e moralizem o uso das verbas públicas.

Sabe-se que, em uma escala hierárquica jurídica, as decisões das Cortes Superiores desencadeiam decisões dos tribunais de justiça e dos juízes monocráticos, então, propondo-se metodologicamente uma análise das decisões do STJ e STF (por meio do aguçamento das medidas fiscalizató-

rias), pode-se chegar à eficácia fiscalizatória no âmbito nacional, estadual, distrital e municipal.

A PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Observa-se a necessidade de um estudo analítico e sistêmico dos meios que o cidadão pode ter acesso com base nas decisões de casos concretos do STJ e do STF.

As decisões em sede do STJ e STF ainda são controversas, por isto, é extremamente importante analisá-las detidamente, de modo, a encontrar novos meios de combate à corrupção, visto que a celeuma jurisprudencial fere e dificulta o uso constitucional da Ação Popular para conter a lesão ilícita ao erário por parte dos gestores públicos. Veja-se, a seguir, a repercussão da Ação Popular no âmbito do STJ e do STF, por meio exemplificativo de julgados dessas Cortes, e a consequente relevância prática do estudo das citadas decisões.

> **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**. POSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. **ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**. TESE NÃO AMPARADA EM LEGISLAÇÃO FEDERAL. SÚMULA 284/STF. 1. **Na forma da jurisprudência do STJ, "é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em Ação Popular, 'desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir**, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público'. (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13/12/2004)" (REsp 1.559.292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016). 2. **Caso concreto em que a ação popular ajuizada originalmente se volta contra ato concreto do então Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ora agravante, que procedeu ilegalmente à nomeação de servidores para cargos de Encarregadoria no âmbito da Procuradoria-Geral da Câmara**. Assim, considerando que a declaração

> de inconstitucionalidade da resolução que dispôs sobre a reestruturação da Procuradoria-Geral da Câmara Legislativa (Resolução nº 183/2002) não figura como pedido principal da ação, mas apenas causa de pedir, **não prospera a tese da inadequação da via da ação popular**. 4. A tese relativa à violação ao princípio do enriquecimento ilícito não teve amparo na violação de qualquer lei federal. Assim, a ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. 5. A alegada contrariedade ao art. 884 do Código Civil foi agitada somente no presente agravo interno, de modo que, por se tratar de tema inédito não suscitado oportunamente sob o enfoque ora pretendido, resta caracterizada a existência de inovação recursal, a qual não pode ser analisada na presente fase processual. 6. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ - AgInt no REsp: 1352498 DF 2012/0072408-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2018 – **grifo do autor**).

A decisão exposta acima revela uma ação intentada em face do uso ilícito de verbas públicas com fito de se vedar o enriquecimento ilícito do administrador em detrimento do bem coletivo ou ainda do interesse público (em respeito ao princípio da supremacia do interesse público). Neste caso o eminente Ministro Hermam Benjamim aventou a possibilidade, inclusive de se discutir a inconstitucionalidade incidental, revelando inequivocamente a preocupação dessa Corte em afastar atos lesivos ao erário, pois, *in casu*, houve a nomeação ilegal de servidores públicos por motivos expurgos.

Porém, essas decisões em sede do STJ são esparsas e não possuem uma conformidade, ou seja, não há uma pacificação de como o tema deve ser tratado, muito em virtude do cerceamento do uso da Ação Popular por falta de informações necessárias ao intento da ação em comento, demonstrando, mais uma vez, a importância de um estudo minucioso e detido das decisões (estudo empírico de casos concretos) para obterem-se informações claras e que facilitem o uso da Ação Popular para combater o mau uso do dinheiro público pelos gestores nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

> Trata-se de **reclamação constitucional**, com pedido liminar, ajuizada por Rodrigo Luiz Busato contra decisões do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Canoas-RS e da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferidas nos autos da Ação Popular 0001725- 48.2017.8.21.0008**, que teriam violado o conteúdo da Súmula Vinculante** 13. Em 1º de dezembro de 2017 deferi o pedido liminar para suspender os efeitos das decisões impugnadas até o julgamento final desta reclamação e determinei a citação dos interessados, autores da referida Ação Popular. (eDOC 9) Diante da Certidão expedida pela Secretaria Judiciária, no sentido da impossibilidade de citação de Marcelo da Silva e Jaime Steinert Maldini ante a ausência do endereço nos autos (eDOC 10), intimei o reclamante para informar o endereço dos interessados. **Com o retorno das informações e as providências necessárias à citação dos autores da Ação Popular**, a Secretaria desta Corte certificou que a Carta de Citação destinado a Marcelo da Silva foi devolvida pelos Correios com o carimbo "ausente (STF - Rcl: 27605 RS - RIO GRANDE DO SUL 0007218-97.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/08/2018, Data de Publicação: DJe-156 03/08/2018, **grifo nosso**).

Desta decisão do STF extrai-se que houve uma reclamação constitucional endereçada ao STF com fito de proteger o erário, visto que a nomeação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta, além de violar princípios administrativos explícitos e implícitos, viola, ainda, a própria ideia de bem comum e de promoção social, senão vejamos:

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (SÚMULA VINCULANTE 13).

Neste diapasão, é imperioso ressaltar que a própria edição dessa súmula revela a preocupação em evitar a perpetuação do poder pelo poder, a proteção da moralidade administrativa e o controle das verbas públicas pelo próprio cidadão, pois este possui prioritariamente um único meio de defesa dos interesses coletivos, qual seja o intento da Ação Popular, e no mesmo contexto, a reclamação constitucional endereçada ao STF alçou a Ação Popular como pano de fundo, demonstrando que antes da apreciação pelo STF há diversas decisões conflitantes de tribunais de alçada e juízes monocráticas que criam diversos obstáculos à propositura da ação em epígrafe.

A proteção à moralidade administrativa e a contenção dos abusos dos gestores públicos encontrou precedente no julgamento de uma ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) para refutar justamente os interesses antidemocráticos que norteiam, por vezes, a própria administração pública, já que, em hipótese alguma, os interesses privados devem encontrar-se sobrepostos a supremacia do interesse público, princípio corolário da administração pública em geral, preservando-se nesta senda a moralidade administrativa e o bem comum da sociedade com vistas à promoção de um efetivo Estado Democrático de Direito, onde os cidadãos tenham papel de destaque no gerenciamento das finanças públicas por meio do rigoroso controle das ações dos gestores públicos.

Rematando a ideia do essencial controle populacional em um Estado de Direito vislumbra-se o apregoado por Canotilho (1999, p. 49) no tangente a proteção dos interesses difusos e coletivos em detrimento dos vexatórios interesses privados dos gestores.

> O governo de leis (e não de homens) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controle, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados.

Nas lições do iminente Bielsa (1954, p. 40), "o autor popular é uma espécie de cavaleiro cruzado da legalidade e da moralidade". Portanto, da

citação, depreende-se que é nítida a preocupação em defender os interesses coletivos em defesa dos atos atentatórios ao patrimônio público. Mancuso (2011) também aponta em sua obra, a importância da Ação Popular em defesa de um estado promotor das garantias fundamentais em prol justamente do cidadão.

Nos dizeres de Carvalho Filho (2012, p. 75) percebe-se a importância da proteção da moral pública, isto é, de cuidar bem daquilo que pertence ao povo, buscando, portanto, a consagração do honesto e da justiça.

> O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Mancuso corrobora as lições de Carvalho Filho, ao destacar o importante papel da Ação Popular frente ao endêmico quadro de corrupção vigente no Brasil hodiernamente:

> A partir do novo conceito inserto no art. 5º, LXXIII, da CF, impende perquirir um relevante tópico, que se apresenta quando a causa de pedir na ação popular é um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação de palpável lesão ao erário. Em tal hipótese, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal premissa, porque a CF erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para ação popular. (MANCUSO, 2011, p. 117.)

Mostra-se a ação popular como uma ferramenta útil para intervenção em casos como os expostos, contudo, nota-se a pouca usualidade, bem como a falta de posicionamentos concretos dos órgãos superiores, fazendo com que o seu potencial seja cerceado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação popular mostra-se como um meio efetivo de combate à corrupção, sendo importante instrumento de controle dos gastos públicos,

cabendo apenas ao cidadão a utilização deste meio para um melhor enfrentamento da realidade política. Destaca-se sua importância perante diversos julgados dos órgãos superiores de justiça, observando a utilidade da mesma.

Observa-se a ação popular embasada em diversos princípios que norteiam a Carta Magna de 1988, sendo ela instrumento essencial para garantia da democracia, e responsável por dar poder de ação diretamente na mão da população interessada. Contudo nota-se a pouca usualidade da mesma, cabendo entender que existe uma desinformação popular acerca da utilização desta.

Destaca-se a não passividade entre os órgãos superiores, tanto o STJ como o STF não existem muitos casos onde se tenha uma súmula que regule casos de corrupção ou má gestão da coisa pública que sejam derivados de ações populares, trazendo neste caso uma insegurança que talvez possa justificar a não usualidade desta ação.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da Administração. In: **Revista de Direito Administrativo – FGV**. 1954.v.38. p.40-65.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. **Lei da Ação Popular -** Lei 4717/65 | Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - [RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Ayres Britto, P, j. 20-8-2008, **DJE 202** de 24-10-2008.] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227. Acesso em 05 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl: 27605 RS - RIO GRANDE DO SUL 0007218-97.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/08/2018, Data de Publicação: **DJE 156** 03/08/2018. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608368746/reclamacao-rcl-27605-rs-rio-grande-do-sul- 0007218-9720171000000. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. RHC: 52234 RO 2014/0251957-0, RAgInt no REsp:1352498 DF 2012/0072408-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento:05/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: **DJE 08/06/2018** . Disponível em:https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595910212/agravo-interno-no-recurso-especial-agintno-resp-1352498-df-2012-0072408-9. Acesso em 01 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.25. ed. rev., amp e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**: Malheiros, São Paulo, 2002.

FERRAZ, Claudio, FINAN, Frederico. **Electoral Accountability and Corruption in Local Governments**: Evidence from Audit Reports. IZA Discussion Paper 2843, Institute for the Study of Labor (IZA).2007.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação.** 2008. 290 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91468/260981.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MANCUSO, R. C. **Ação Popular:** Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do direito administrativo. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p.130-141, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/54162>. Acesso em: 09 abr. 2019.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TELES, José Homem Corrêa. **Doutrina das ações.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

ZANELLA, Maria Sylvia . **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

BARTHES, FOUCAULT E INDÚSTRIA DE BENS SIMBÓLICOS: REVISITANDO OS DISCURSOS TRADICIONAIS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO CAMPO LITERÁRIO

Matheus Guimarães de Barros

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa toma como ponto de partida a compreensão de que existem pelo menos dois discursos tradicionais, intimamente conectados, que conferem legitimidade ao direito autoral.

O primeiro deles está ancorado na interação entre o autor, enquanto sujeito criador, e a obra, sua respectiva criatura. Nesse sentido, a obra expressa a individualidade do autor, de modo que este deve deter o seu monopólio, ou seja, ser o seu proprietário legítimo.

Como consequência, o segundo discurso vem à tona: se a obra sujeita-se ao autor, serão necessárias proteções que garantam efetivamente esse poder "natural". O direito autoral, assim, fundamenta-se na salvaguarda de interesses dos sujeitos criativos. Apenas subsidiariamente, na medida em que estimula autores a produzirem bens simbólicos, beneficia toda a coletividade, sendo esta entendida enquanto mera destinatária das produções intelectuais.

Imediatamente, constata-se algumas características fundamentais que permeiam a discursividade tradicional do direito de autor: a) visão extremamente subjetivista do criador-autor; b) apagamento ou obscurecimen-

to da importante figura do leitor ou do público; e c) crença irrefletida no instituto jurídico enquanto guardião da pessoa que cria.

Diante de uma sociedade contemporânea marcada pela tecnologia digital, que amplia extraordinariamente a possibilidade de reprodução técnica de obras e, com isso, a viabilidade de acesso ao conhecimento, revisitar tais alicerces do direito de autor é uma tarefa sumamente relevante.

Justamente em razão da abrangência, importância e complexidade do tema, a discussão não se limitará ao campo do Direito. Dessa forma, sua análise levará em consideração tanto abordagens de juristas, como Karin Grau-Kuntz, Carlos Affonso Pereira de Souza e Guilherme Carboni, quanto filosofias de intelectuais como Roland Barthes e Michel Foucault.

Sobre esses últimos, preservadas as singularidades de cada um deles, no que concerne à reflexão sobre a autoria, ambos conservam (frise-se, a seus modos) a crítica ao autor como sujeito transcendental, contribuindo para o seu processo de despersonalização e abrindo espaço para o soerguimento do leitor enquanto personagem ilustre da trama.

Longe do estigma da passividade que o acompanha, contraposta à atividade do autor, o leitor possui capacidade de atuar, "imprimir posturas ao texto", nas palavras de Barthes. Essa percepção, embora simples, já conserva a aptidão para desestabilizar os fundamentos sobre os quais o direito de autor se edifica.

Ademais, seria a originalidade efetivamente a marca distintiva de toda produção intelectual? Um texto é sempre fruto do brilhantismo de um escritor individual? Não haveriam outros recortes ou classificações, como gênero literário ou escola de pensamento, que igualmente contribuem na sua construção? Tais dúvidas permitem colocar em questão a centralidade do indivíduo autor no contexto de direitos autorais, relativizando, mais uma vez, um de seus principais sustentáculos.

No que tange à convicção de que o direito de autor salvaguarda os anseios dos produtores de labor intelectual, também pairam perplexidades, incertezas. Será que a classe profissional dos autores é verdadeiramente a principal beneficiária da proteção garantida por esse instituto jurídico? A partir dessa indagação, fecham-se as discussões acerca dos três itens apresentados acima.

Assente no aprofundamento de todas essas questões, busca-se tornar mais cristalina a crítica aos discursos que tradicionalmente legitimam o

direito autoral, de modo a fomentar debates futuros. Mesmo que perpasse por concepções pertinentes, como a exigência de que esse instituto jurídico cumpra sua função social, por exemplo, o escopo não é solucionar imediatamente os impasses a ele concernentes.

Acredita-se que toda e qualquer transformação exige, *a priori*, uma investigação empenhada, esmiuçada, profunda da realidade dada, do *status quo* a que se pretende suplantar. Caso contrário, não há qualquer garantia de que, ao invés de dirimir problemas, novos ainda mais graves deixem de aparecer.

DESMISTIFICANDO O "AUTOR-DEUS"

Expressão cunhada pelo filósofo francês Roland Barthes no seu ensaio "A morte do autor", datado de 1968, *Autor-Deus* remete à dimensão quase teológica conferida ao autor de determinado texto. Para Barthes, há uma espécie de insistência em estipular sentido único à escritura, representado pela suposta mensagem que esse ser divino, o autor, busca transmitir.

Todavia, esquece-se que o autor jamais produz conteúdo efetivamente original. Na realidade, o texto nada mais é do que um conjunto de citações, oriundas dos variados focos da cultura. Nas palavras de Barthes (2012, p. 62),

> o escritor pode apenas imitar um gesto sempre anterior, jamais original; seu único poder está em mesclar as escrituras, em fazê-las contrariar-se umas pelas outras, de modo que nunca se apoie em apenas uma delas; quisera ele *exprimir-se*, pelo menos deveria saber que a "coisa" interior que tem a pretensão de "traduzir" não é senão um dicionário todo composto, cujas palavras só se podem explicar através de outras palavras, e isto indefinidamente.

Segundo Barthes, apenas ao crítico literário convém a concepção tradicional de autoria. Para o crítico, importa descobrir o autor a fim de que possa explicar ou decifrar o texto. Porém, não há razão última a ser alcançada; "dar ao texto um Autor é impor-lhe um travão" (BARTHES, 2012, p. 63).

Num ensaio de 1971, intitulado "Da obra ao texto", Roland Barthes continua a tecer suas duras críticas ao *Autor-Deus*, embora não mais utilize essa designação. Consoante o filósofo, a apropriação do texto por seu autor satisfaz um tipo de quimera: o mito da filiação.

Ora, trata-se de um mito pois, na realidade, todo texto é tomado pelo intertextual: um texto é entretexto de outro texto. Ratificando o exposto anteriormente, a escritura reflete um agrupamento de citações sem aspas que são muitas vezes anônimas, indiscerníveis e, no entanto, já lidas. Dessa maneira, não faz sentido buscar a origem de um texto, suas fontes, influências. O intertexto abole a ideia de um pai determinado ao texto (BARTHES, 2012).

O Texto, pensado dessa maneira, ou seja, enquanto travessia de sentidos, plural, não pode mais ser lido com a inscrição do Pai. Mas no que concerne ao entendimento tradicional de obra, o autor é reputado pai e proprietário desta; "a ciência literária ensina então a respeitar o manuscrito e as intenções declaradas do autor, e a sociedade postula uma legalidade da relação do autor com a obra (são os 'direitos autorais' [...]) (BARTHES, 2012, p. 71).

Sobre o supervalorização dada ao sujeito-autor, de um modo geral, diz Barthes (2012, p. 58) que

> o autor ainda reina nos manuais de história literária, nas biografias de escritores, nas entrevistas dos periódicos e na própria consciência dos literatos, ciosos por juntar, graças ao seu diário íntimo, a pessoa e a obra; a imagem da literatura que se pode encontrar na cultura corrente está tiranicamente centralizada no autor: sua pessoa, sua história, seus gostos, suas paixões; a crítica consiste ainda, o mais das vezes, em dizer que a obra de Baudelaire é o fracasso do homem Baudelaire, a de Van Gogh é a loucura, a de Tchaikovski é o seu vício: a *explicação* da obra é sempre buscada do lado de quem a produziu, como se, através da alegoria mais ou menos transparente da ficção, fosse sempre afinal a voz de uma só e mesma pessoa, o *autor*, a revelar a sua "confidência".

Em 22 de fevereiro de 1969, numa conferência dada aos membros da Sociedade Francesa de Filosofia, intitulada "O que é um Autor?", outro

importante filósofo francês, Michel Foucault, lançou as bases para novas críticas à autoria moderna.

Separando a ontologia do homem daquela do autor por intermédio de uma categoria que Foucault define por *função-autor* (CARBONI, 2010), o filósofo contribui em larga medida no processo de despersonalização da autoria. Para ele, na escrita é aberto um espaço no qual o sujeito que escreve não para de desaparecer (FOUCAULT, 2011).

Conforme o sociólogo brasileiro Sergio Adorno, a abordagem filosófica de Foucault já aponta para o combate à soberania do homem enquanto sujeito. Isso significa que o sentido não é organizado a partir do homem. Na realidade, o próprio homem é produto de determinada prática discursiva – a das ciências humanas. Sendo assim,

> trata-se não mais de pensar o homem a partir do próprio homem, senão de examinar os modos de objetivação do sujeito, ou seja, as operações discursivas pelas quais o indivíduo se constitui a si próprio como louco, delinquente, doente e inclusive autor (ADORNO, 2012, p. 114).

Mas o que seria, então, a *função-autor*? Segundo Foucault (2011, p. 14), "característica do modo de existência, de circulação e de funcionamento de alguns discursos no interior de uma sociedade". Longe de expressar uma subjetividade ou individualidade, a atribuição de autoria vislumbra o cumprimento de certas finalidades e está umbilicalmente associada a um sistema jurídico e institucional.

Na aula inaugural pronunciada em dezembro de 1970 ao Collège de France, nomeada "A ordem do discurso", Foucault aborda o autor não enquanto aquele que pronunciou ou escreveu um texto, mas como "princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência" (FOUCAULT, 2014, p. 25).

O filósofo italiano Giorgio Agamben, interpretando Foucault, retrata que existem diferentes características da *função-autor* no nosso tempo. Tais características apontam para os objetivos dessa categorização. São elas:

> um regime particular de apropriação, que sanciona o direito de autor e, ao mesmo tempo, a possibilidade de distinguir e selecionar

> os discursos entre textos literários e textos científicos, aos quais correspondem modos diferentes da própria função; a possibilidade de autenticar os textos, constituindo-os em cânone ou, pelo contrário, a possibilidade de certificar o seu caráter apócrifo; a dispersão da função enunciativa simultaneamente em mais sujeitos que ocupam lugares diferentes; e, por fim, a possibilidade de construir uma função transdiscursiva, que constitui o autor, para além dos limites da sua obra, como "instaurador de discursividade" (Marx é muito mais do que o autor de *O capital*, e Freud é bem mais que o autor de Interpretação dos sonhos) (AGAMBEN, 2007, p. 56).

Nesse sentido, frise-se que a figura do autor não é universal nem atemporal, uma vez que advém de dispositivos históricos e culturais.

O historiador Roger Chartier, ao revisitar a conferência proferida por Foucault em 1969, retrata que existem mecanismos institucionais e sociais que constroem o autor, a identidade do autor, tais como o olhar do público, a instituição, através da Universidade, e a Literatura, tal como ela é fixada, canonizada, imobilizada, através do dicionário. Em razão disso, o autor construído se difere do indivíduo particular. A *função-autor* nada mais é do que uma ficção tal como as ficções jurídicas, quando o direito cria sujeitos jurídicos que se distanciam das existências individuais dos sujeitos empíricos (CHARTIER, 2012).

Por óbvio, o Eu é a própria condição de existência do Autor. Por conseguinte, a realidade existencial, fenomenológica do sujeito, reflete a possibilidade mesma da literatura, da obra, do autor. Contudo, paira no ar uma dúvida quanto à legitimidade em atribuir uma criação, uma produção estética ou filosófica, a uma intenção ou subjetividade singular (CHARTIER, 2012).

Remetendo-se a Foucault, Chartier evoca então o *pensamento de fora* ou *pensamento do exterior,* que traduz "esse transbordamento, essa instabilidade, essa pluralidade de significação que é remetida direta, e exclusivamente, ao funcionamento automático e impessoal da linguagem, na obra" (CHARTIER, 2012, p. 33-34).

De fato, Foucault questiona duramente a crença nas solenidades de origem, ou seja, de que produções simbólicas advêm do brilhantismo de sujeitos individuais. Demais questões atinentes a outros recortes ou classi-

ficações, como o gênero literário ou a escola de pensamento, que para esse filósofo são demasiadamente relevantes, uma vez que refletem mecanismos que involuntariamente permeiam o espírito dos "criadores", acabam tendo menor peso e significação para convenções científicas e acadêmicas.

Embora reconheça a importância da autoria, o "autor" para Foucault é despersonalizado, tendo em vista que representa "uma entidade juridicamente prescrita, e não necessariamente um ser humano de carne e osso, ou mesmo um 'gênio' no sentido romântico da palavra" (CARBONI, 2008, p. 44).

LEITOR: SUJEITO PASSIVO?

Recapitulando "A morte do autor", de Roland Barthes, ao final desse ensaio o filósofo destaca a célebre posição do leitor diante de uma obra. Se um texto compõe-se de escrituras múltiplas, advindas de várias culturas, como visto, é no leitor que essa multiplicidade se reúne. Nas palavras de Barthes (2012, p. 64), "o leitor é o espaço mesmo onde se inscrevem, sem que nenhuma se perca, todas as citações de que é feita uma escritura; a unidade do texto não está em sua origem, mas no seu destino".

O problema é que a Literatura pouco se ocupou do leitor. Por isso é que Barthes luta "Por uma teoria da leitura", sendo este o nome de um dos seus ensaios, datado de 1972. Nesse texto, o filósofo francês, embora reconheça a existência de *leituras mortas,* marcadas por estereótipos, repetições mentais, etc., também admite *leituras vivas*, em que o sujeito que lê produz uma espécie de texto interior, uma escrita virtual própria (BARTHES, 2004).

Logo, a leitura não necessariamente está adstrita à passividade daquele que lê. Pelo contrário, no livro "O prazer do texto", Barthes afirma que inexiste a relação entre sujeito e objeto num texto. Para ele, não há por trás da escritura ninguém ativo (o escritor) e diante dela ninguém passivo (o leitor). E isso fica evidente nessa obra, já que, segundo Barthes, o leitor efetivamente atua no texto, sendo que sua atuação, ainda, foge completamente do controle do autor. Ora, é o leitor que dita o ritmo do jogo, muitas das vezes sequer respeitando a integridade do texto (BARTHES, 2015).

Ainda sobre as chamadas *leituras vivas*, já em 1970, no seu ensaio "Escrever a leitura", Roland Barthes, embora não tenha cunhado a expressão

à época, discorre sobre um tipo determinado de leitura: aquela na qual a frequência do ler é interrompida por um afluxo de ideias, associações, excitações, em suma, aquela leitura em que o indivíduo-leitor *levanta a cabeça*. Segundo Barthes, assim que o leitor levanta a cabeça, escreve nesta um texto, chamado *texto-leitura*.

Acontece que esse texto foi pouquíssimo explorado pelos teóricos em razão da primazia que sempre se deu ao autor em detrimento do leitor. Todavia, consoante atesta Barthes, um autor não pode ser considerado proprietário eterno de sua obra e os leitores meros usufrutuários. Isso, na verdade, implica num tema de autoridade: é como se o autor tivesse direitos sobre o leitor, constrangendo-o a um sentido "correto" ou "verdadeiro" da obra. Preza-se muito pelo que o autor quis dizer, mas de forma alguma pelo que entende aquele que lê (BARTHES, 2012).

Apesar disso, Barthes advoga que o texto, apenas o texto em sua materialidade, não existe, uma vez que os leitores sempre associam a ele outras ideias, imagens, significações. O leitor não é, portanto, um ser passivo, haja vista que imprime certas posturas ao texto. Inclusive, tais posturas é que garantem vivacidade ao que foi escrito (BARTHES, 2012).

Em "Da leitura", de 1976, Barthes ultrapassa o entendimento tradicional de que ler é tão somente decodificar letras, palavras, sentidos, estruturas. Na realidade, o acúmulo de decodificações permite ao leitor *sobrecodificar* aquilo que lê. Nessa toada, o leitor "não decifra, produz, amontoa linguagens, deixa-se infinita e incansavelmente atravessar por elas" (BARTHES, 2012, p. 41).

Justamente em 1976, no texto "Respostas", Barthes concebe o leitor enquanto artista amador e, de certa maneira, co-autor da obra. O leitor, segundo o filósofo, trava diálogos com autor no próprio nível do texto. Consoante afirma, nós leitores acrescentamos à escritura uma infinidade de conotações, ou seja, "de sentidos profundos, que emanam de nossa cultura ou de nosso nível social; ou de nossa história nacional; ou de nosso grupo social; ou mesmo, simplesmente, de nossa situação afetiva" (BARTHES, 2004, p. 299).

Nesse ponto, duas das três principais características que compõem os discursos tradicionais de legitimação do direito de autor foram brevemente explanadas. Cumpre agora tratar da terceira e última: "a crença irrefletida no instituto jurídico enquanto guardião da pessoa que cria".

INDÚSTRIA DE BENS SIMBÓLICOS E MERCADORIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO

A economia de mercado, desde o século XIX, trouxe consigo a narrativa ficcional de que tudo é passível de troca. Essa exegese foi absolutamente necessária, uma vez que o pleno desenvolvimento de uma economia de mercado demandava uma sociedade igualmente mercadológica.

Contemporaneamente, o direito autoral, a partir do instante em que confere o monopólio do aproveitamento econômico da obra ao seu autor, encarrega-se da mercadorização da informação. Vale lembrar que tal controle advém da ficção do autor enquanto absoluto criador, e da obra enquanto sua legítima criatura, extensão de sua personalidade e à ele sujeita.

Não obstante, para a jurista Karin Grau-Kuntz, a informação, em seu estado natural, é livre, uma vez que pode estar em diversos lugares ao mesmo tempo sem qualquer tipo de implicação. O direito de autor, portanto, artificializa a informação, tornando-a objeto de troca.

Acontece que, para Grau-Kuntz, essa artificialidade traz um custo social, custo esse compensado com o enriquecimento cultural. Ora, a privatização da informação culmina em empecilhos para o acesso ao conhecimento e à cultura, de tal maneira que todo valor comunicativo das obras intelectuais, ou seja, o fato de que são sempre voltadas e dirigidas ao público, é em larga medida desconsiderado (GRAU-KUNTZ, 2011).

Nesse aspecto, o discurso tradicional que legitima o direito de autor deixa de lado o cumprimento da função social do instituto. Segundo Carlos Affonso Pereira de Souza (2011), ao passo que a função promocional do direito de autor está consubstanciada no estímulo à criação intelectual por intermédio do controle do aproveitamento econômico pelo autor, a função social diz respeito à satisfação do interesse público de acesso à informação e ao conhecimento. Assim sendo, o direito autoral deve, em tese, promover desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico (CARBONI, 2008).

Tanto para Guilherme Carboni quanto para Carlos Affonso Pereira de Souza, todavia, o direito autoral está marcado por um total desequilíbrio entre interesse público e interesse privado. Conforme este último jurista, "o privilégio aos interesses privados, especialmente no que diz res-

peito à sua feição patrimonial, endureceu o regime de conciliação entre demandas públicas e privadas na utilização de obras autorais" (SOUZA, 2011, p. 669).

Além disso, há que se destacar que não são autores singulares os diretamente beneficiados pelo comércio da informação. Em artigo intitulado "Direito de autor e a situação econômica da classe profissional dos autores", Karin Grau-Kuntz sustenta que, dos altos lucros gerados no setor, apenas uma parcela mínima é repassada pela indústria de exploração do trabalho criativo aos verdadeiros produtores de labor intelectual.

Na mesma linha argumentativa, Guilherme Carboni ressalta que houve uma mudança de função do direito de autor: "de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para apropriação da informação enquanto mercadoria" (CARBONI, 2008, p. 33).

Verifica-se, dessa forma, que a classe profissional dos autores é apenas supostamente o sujeito de proteção garantida pelo direito autoral. Na verdade, os trabalhos criativos dos autores apenas alimentam economicamente uma indústria de bens simbólicos.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, verifica-se a existência de incongruências nos discursos que legitimam tradicionalmente o direito autoral. O presente trabalho apenas estabeleceu um esboço, ainda precário, dos argumentos que refletem tais incongruências. Faltaram questões cujo desenvolvimento em trabalhos acadêmicos vindouros mostra-se sumamente relevante, como uma abordagem histórica do direito de autor capaz de demonstrar seus avanços e retrocessos ao longo do tempo, maior aprofundamento sobre as ciências humanas e a morte do homem para Foucault, discussões a respeito da autoria colaborativa propiciada pela *internet*, dentre outras temáticas. Como exposto anteriormente, já na introdução, não há aqui qualquer pretensão de resolver os impasses do instituto jurídico analisado. Na verdade, buscou-se adentrar com alguma profundidade nas bases que o fundamentam, questionar suas raízes. Espera-se que tais críticas possam servir a futuros debates.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O autor como gesto**. In: _____. Profanações. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARTHES, Roland. **A morte do autor**. In: _____. O rumor da língua. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Escrever a leitura**. In: _____. O rumor da língua. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Da leitura**. In: _____. O rumor da língua. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Da obra ao texto**. In: _____. O rumor da língua. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Por uma teoria da leitura**. In: _____. Inéditos vol. 1 - teoria. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2004.

_____. **Respostas**. In: _____. Inéditos vol. 1 - teoria. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2004.

_____. **O prazer do texto**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Direito autoral e autoria colaborativa: na Economia da Informação em Rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHARTIER, Roger. **O que é um autor?: revisão de uma genealogia**. São Carlos: EduFSCar, 2012.

FOUCAULT, Michel. **O que é um autor?** In: _____. Ditos e escritos III: Estética: literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GRAU-KUNTZ, Karin. **A quem pertence o conhecimento e a cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 405-415, setembro, 2011.

_____. **Direito de Autor e a situação econômica da classe profissional dos autores**. Dir. jur., LL.M. – IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Nr. 8, p. 157-163.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autoral**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 664-680, setembro, 2011.

CRISES DEMOCRÁTICAS: APONTAMENTOS E REFLEXÕES

José Gutembergue de Sousa Rodrigues Júnior

Atualmente, defender a democracia, aparentemente, não vem sendo tarefa fácil. Em matéria recente, o site "The Economist" publicou um vídeo com o seguinte título: "How bad is the crisis in democracy?"[73]. A resposta, a princípio, parece ser: mal o suficiente para que fiquemos em alerta.

Winston Churchil disse, certa vez, em um de seus discurso que "n**inguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos**". O renomado estadista sabia dos inúmeros defeitos apresentados por este regime político. Entretanto, era também de seu conhecimento que o século XX teria deixado claro que, apesar de seus defeitos, ainda é o melhor (ou menos pior) regime político testado. As outras alternativas foram e continuam sendo muito piores.

Preliminarmente, quero destacar que não é intenção deste trabalho esgotar o tema, até por inviabilidade lógica, científica e intelectual. As razões para as crises democráticas são diversas e não cabem neste trabalho. A intenção deste artigo é muito mais a de gerar uma reflexão, discussão e inquietação intelectual do que necessariamente buscar responder ou resolver algo.

73 A expressão pode ser traduzida como: "Quão mal é a crise na democracia?". O vídeo por ser visto aqui: https://www.youtube.com/watch?v=PWt7naYTiik Acesso em: 30 set. 2019.

Basicamente, em apertada síntese, são quatro as principais razões que justificam a crise democrática nos países ocidentais, quais sejam: A democracia, que surge inicialmente como uma forma de "estancar" a corrupção, acabou por aumentá-la; a democracia faz com que, quase que inevitavelmente, os piores cheguem ao poder; o sistema capitalista seria, em tese, incompatível com a democracia, uma vez que sempre o governo atenderá o lobby das grandes corporações capitalistas, impedindo assim que aconteça a igualdade; polarização política e ideológica.

Sobre a primeira crítica, conforme Michael Coppedge[74], de fato, a democratização aumentou a corrupção. Hans-Hermann Hoppe, por exemplo, usa este fato para argumentar em favor da monarquia. Segundo o autor, a democracia logicamente aumentaria a corrupção, uma vez que um dos pilares da democracia e da república é a periodicidade do governo, ou seja, que uma pessoa seja eleita apenas por tempo limitado e determinado. Logo, seria razoável supor que tal governante busque aproveitar-se ao máximo neste curto espaço de tempo. Isso justificaria o aumento da corrupção, diferentemente do regime monárquico, uma vez que, como o poder se perpetuaria, não há intenção de tirar o máximo de proveito no curto prazo, uma vez que, a longo prazo, seria prejudicial aos seus próprios interesses.

Certamente, esta crítica tem sua relevância. Desde os tempos antigos, os mais diversos pensadores vem nos alertando sobre a falibilidade humana. Contudo, a longo prazo, não me parece ser um pensamento razoável. Seria simplesmente aceitar a falibilidade humana e "desistir do jogo". Além do mais, ainda não temos uma experiência com a democracia em longo prazo, e muito menos com os aportes tecnológicos atuais, em especial, as mídias sociais. Não podemos, na primeira crise, desistir e abandonar o jogo. Existem mecanismos que, a longo prazo, podem melhorar a qualidade democrática. O direito a liberdade de expressão, somada a internet/mídias sociais (caso bem usadas), por exemplo, são mecanismos que cada vez mais tem tido sucesso em denunciar abusos, combater a corrupção e favorecer o "accountability".

---

74 Neste vídeo, além de falar sobre os mais variados conceitos de democracia, o autor também cita fatores relevantes para melhorar a qualidade democrática: https://www.youtube.com/watch?v=B7YtpDezqdM. Acesso em: 30 de set. 2019.

A segunda crítica a democracia talvez seja também a mais antiga e remete, ainda que indiretamente, a "teoria das elites"[75]. Sua raiz, inclusive, remete a Sócrates e mais recentemente também a filosofia de Friedrich Nietzsche. O primeiro, em apertada síntese, argumentava que a democracia favorecia os demagogos e hipócritas, em detrimento daqueles que realmente tinham a aptidão necessária para governar. Deveríamos deixar que alguém nitidamente demagogo e sem aptidão vocacional e intelectual assuma um importante cargo, mesmo sabendo que existe alguém mais capacitado para assumir aquela que talvez seja a tarefa mais importante para a sociedade, só porque este conseguiu enganar os eleitores com suas promessas infundadas? Realmente estaríamos a fazer a coisa certa? Essas era uma das reflexões socráticas sobre a democracia.

O segundo foi ainda mais radical. Nietzsche defendia que o mundo era dividido entre fortes e fracos. Governantes e governados. A democracia nada mais era do que a manifestação dos fracos, buscando, sempre, dificultar a vida do naturalmente mais forte e que deveria comandar. Era, por fim, a união daqueles que, naturalmente, deveriam ser governados, buscando minimizar a força do governante. Era algo contra a própria natureza.

Ambas são críticas fortes. De fato, a democracia continua a permitir que os demagogos cheguem ao poder. Esta crítica é utilizado novamente pelos libertários de que, no fundo, a democracia seria a escolha dos piores. Infelizmente, a história vem nos mostrando que, realmente, é difícil sustentar o argumento contrário, ou seja, de que seria a escolha dos melhores.

Contudo, há algo a se pensar e refletir. A história também nos mostra que, não raras vezes (muitas vezes, na verdade), os intelectuais não fazem as melhores escolhas. Mark Lilla, por exemplo, nos alerta sobre a arrogância (e eventual cegueira) da alta intelectualidade em sua obra "A mente imprudente", trazendo vários exemplos históricos de grandes intelectuais que falharam miseravelmente quando chegaram ao poder.

---

75 Em apertada síntese, a "teoria das elites" é uma vertente da **ciência polí**tica baseada no princípio minoritário, segundo o qual o poder político está sempre nas mãos de uma minoria bem ajustada. A teoria surge no final do século XIX com Vilfredo Pareto e Gaetano Mosca, até o chamado elitismo democrático que tem entre seus principais autores Joseph Schumpeter e Robert Dahl, que fazem uma espécie de concessão à representação política.

Não podemos nos olvidar de que a revolução francesa foi proposta por intelectuais, os "iluministas", e que defendiam valores nobres como "liberdade, igualdade e fraternidade". Sabemos o resultado final da revolução francesa. Talvez, tenha acabado ainda pior do que o combatido "status quo". É quando o futuro, não apenas repete o passado, mas consegue ainda torná-lo pior. Não obstante, Samuel Johnson já nos alertava, desde o século XVIII, de que "o inferno está cheio de boas intenções". Como pensadores sociais, devemos sempre estar alerta sobre a arrogância intelectual.

No que refere-se a terceira crítica, devemos entender que ela parte dos defensores de um certo tipo de democracia, qual seja, a democracia igualitária, defendida por um específico espectro ideológico. Para estes pensadores, a democracia deveria servir para um único fim: igualdade entre todos. Caso a democracia não esteja buscando este fim, sequer estar-se-ia falando de democracia, mas tão somente de um fascismo "soft".

Não é minha intenção neste trabalho procurar rebater a raiz deste argumento. Contudo, ressalto que a democracia é perfeitamente compatível com a desigualdade. Conforme o "Democracy Index"[76], o país mais democrático do mundo é a Noruega. Coincidentemente, duas características norueguesas destacam-se dentre as demais: a inexistência (ou baixíssima incidência) de desigualdade social e criminalidade.

Primeiro, inexistência de desigualdade social não significa, de forma alguma, igualdade total. Significa apenas que todos possuem uma renda compatível. A igualdade é social, e não de renda. Entender isto é fundamental. Assim, em milhares de pessoas de baixa renda, também inexiste desigualdade social, vez que todos são baixa renda. Logo, podemos concluir que, a princípio, a desigualdade de renda em si não seria um fator impeditivo a democracia, desde que esteja em níveis controlados, todos façam parte (preferencialmente) da mesma classe social e que, obviamente, esta classe consiga ter uma vida digna. O que distingue a Noruega de outros países não é a eventual inexistência de desigualdade social em si, mas sim, que todos conseguem ter uma vida digna, de alta qualidade.

---

76 O **Índice de Democracia** é um índice compilado pela revista "The Economist" para examinar o estado da democracia em 167 países, na tentativa de quantificar este com o *Economist Intelligence Unit Democracy Index* do que se concentrou em cinco categorias gerais: o processo eleitoral e pluralismo, as liberdades civis, o funcionamento do governo, participação política e cultura política.

Segundo, é cada vez mais estudado a aparente simbiótica relação entre segurança pública e democracia[77]. Quanto mais democrático é um país, mais seguro é para se viver. O grande questionamento que merece atenção da academia e que talvez ainda careça de resposta é justamente qual seria a causa e a consequência. Em outras palavras: a democracia faz com que a segurança pública melhore ou a segurança pública faz com que a democracia melhore?

Por fim, a quarta crítica, a princípio, parece-me ser a que deve exigir, ao menos no curto e médio prazo, maior atenção. Mark Lilla nos alerta, desta vez em sua obra "A mente naufragada", da quase impossibilidade de um diálogo intelectual respeitoso entre os chamados "reacionários de direita" e os "revolucionários de esquerda". Em comum, ambos buscam o paraíso na Terra e estão certos que possuem a solução. Os primeiros, acreditam que o paraíso ficou no passado, sendo um dever cívico e moral resgatar a todo custo estas tradições e recuperar o "status quo". Os segundos acreditam que o paraíso virá inevitavelmente após a revolução. Os fins justificam os meios para ambos. Para se chegar ao paraíso, devem existir sacrifícios. Para o renomado autor, o que ambos não conseguem enxergar, é que são apenas dois lados da mesma moeda, cegos pela mentalidade ideológica.

Em How Democracies Die, Levitsky e Ziblatt (2018) fazem uma análise histórica e minuciosa de como as democracias podem ser minadas de modo paulatino até se tornarem ditaduras, como a Venezuela, ou simplesmente "semidemocracias" autoritárias, como é o atual caso da Turquia. A intenção do livro é quase cívica: dar um alerta informado e didático não só à comunidade acadêmica, mas ao público em geral, sobre os riscos de líderes autoritários que usam a própria democracia (ou o método majoritário) para acossar princípios democráticos básicos. Assim, o livro foi desenhado para ser bastante acessível a pessoas de fora da área ciência política e talvez por isso deixe a desejar em alguns aspectos mais técnicos.

---

77 Em livro específico sobre o tema, o cientista político e professor da UFCG José Maria Nóbrega Júnior tratou sobre o assunto, com especial atenção aos grandes números de homicídios acontecidos no nordeste brasileiro. Em seu blog, o autor continua a tratar sobre a relação entre democracia e segurança pública, por exemplo: http://josemarianobrega.blogspot.com/2019/09/seguranca-publica-e-democracia.html. Acesso em: 30 de set. 2019.

Conforme os autores, uma das razões que podem acabar com a democracia é justamente a polarização ideológica. Em uma democracia representativa, liberal e participativa, a tolerância mútua com os adversários políticos e ideológicos é pressuposto/requisito básico. Inexiste democracia sem alternância de poderes. Inexiste alternância de poderes sem pluralismo político (multiplicidade de ideias). Por fim, inexiste pluralismo político sem liberdade de expressão. O autoritarismo odeia novas ideias, e não suporta quem ousa expressá-las. Vimos isto nas distopias de George Orwell (1984) e Aldous Huxley (Admirável mundo novo). Estamos vendo isto agora.

Trocar a posição de adversários políticos que, ainda que possuam uma cosmovisão de mundo diversa, pautam-se na tolerância mútua e no diálogo, respeitando as regras do jogo democrático e alternância de poder pelo pensamento de Carl Schmitt da batalha entre inimigos pode ser perigosa – e talvez fatal.

Friedrich Nietzsche, em sua obra "além do bem e do mal", trouxe uma citação que, certamente, deveria ser lembrada (quase que diariamente) pelos agentes/atores políticos de nossa sociedade contemporânea, qual seja: "Aquele que luta com monstros deve acautelar-se para não tornar-se também um monstro. Quando se olha muito tempo para um abismo, o abismo olha para você".

Conforme apontam novamente Levitsky e Ziblatt, a última vez que a sociedade norte-americana esteve tão dividida fora, justamente, na Guerra Civil. Talvez, possamos fazer este mesmo paralelo com o Brasil, mas usando o período que antecedeu o regime militar. Podemos ver, ainda, que este mesmo descontentamento e divisão está presente e igualmente pujante em países europeus e com democracias tradicionais e consolidadas, como França e Inglaterra e, conforme já citado, na democracia norte-americana e, não diferentemente, no Brasil, que teve em 2018 sua eleição mais fragmentada desde a redemocratização.

Ressalto, contudo, que nosso caso talvez seja ainda mais grave. Primeiro, alguns dados estatísticos: 83% dos brasileiros estão insatisfeitos com o funcionamento da democracia no país e apenas 16% estão satisfeitos[78]. Não obstante, as Forças Armadas são a instituição de maior confian-

78 Ver aqui: https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-e-o-terceiro-mais-insatisfeito-com-a-democracia-entre-27-paises/. Acesso em: 30 de set. 2019.

ça dos brasileiros, com 80%, seguido da Presidência da República sob o comando do atual presidente Jair Bolsonaro[79].

Desenhando o cenário, temos, basicamente, um país dividido entre inimigos ideológicos, uma democracia frágil[80] e sem credibilidade que, como bem aponta Samuel Issacharoff em obra específica que, em última análise, precisa de um poder judiciário forte e independente para fazer valer a democracia prevista na Constituição Federal e aumentar nossa qualidade democrática, valendo-se de seu poder contramajoritário, sendo que as instituições democráticas não gozam (ao menos, não o suficiente) de tanto prestígio e apoio público, salvo quando defendem algumas pautas isoladas e que reafirme o pensamento ideológico deste ou aquele lado, e as Forças Armadas que, em um passado não tão distante, implantou um Regime de Exceção em uma situação relativamente parecida a que estamos vivenciando.

Diante deste cenário, acredito verdadeiramente ser de especial importância e necessidade defender, cada vez mais, a liberdade de expressão, o pluralismo político e o respeito mútuo que, embora sejam conceitos, direitos e princípios distintos, são correlacionados e suas existências necessariamente passam por esta mútua dependência.

Nas lições de Ingo Sarlet, o pluralismo político guarda intrínseca relação com a liberdade de expressão e com o princípio democrático, ainda que com este não se confunda, vez que o pluralismo é aspecto essencial, mas não exclusivo, da democracia no Estado Democrático de Direito contemporâneo. Assim, o pluralismo político, permite e assegura a livre, de forma respeitosa e regulada, convivência e interação entre convicções, ideais e projetos de vida individuais e compartilhados por grupos mais ou menos representativos de segmentos da sociedade. Em outras palavras, inexiste pluralismo político sem respeito mútuo. Pluralismo político, assim, é incompatível com o pensamento de inimigo político de Carl Schmitt.

---

79 Ver aqui: http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/07/1988221-forcas-armadas-tem-maior-grau-de-confianca-entre-instituicoes.shtml. Acesso em: 30 de set. 2019.

80 Fora usado neste trabalho, o conceito de Samuel Issacharoff. Ressalto, contudo, que conforme o "índice de democracia", o Brasil possui uma "democracia falha", conforme os dados e itens avaliados.

Conforme dito, o pluralismo político assegura a manifestação de diferentes ideias, ideologias, formas de pensar e ver o mundo. Tal manifestação somente é possível através da liberdade de expressão. Em outras palavras, caso não haja liberdade de expressão, inexiste pluralismo político, inexistindo consequentemente democracia. Assim, já estar-se-ia falando em regimes ditatoriais e/ou autoritários.

Não obstante, um das formas de medirmos a qualidade democrática de um Estado, conforme o "Democracy Index", é justamente através de eleições feitas através de um processo eleitoral justo e que respeite o pluralismo político, bem como respeito e garantias as liberdades civis, entre elas, de forma destacada, a liberdade de expressão. Certamente, a questão que fica é: qual seria o limite à liberdade de expressão? E até onde podemos ir com este limite, sem que estejamos correndo o risco de anular materialmente este direito e, consequentemente, a própria democracia?

Primeiramente, precisamos destacar que a liberdade de expressão não é um direito qualquer. É, na verdade, um direito de "segunda garantia", ou seja, é um direito que garante outros direitos. Como vimos, é a forma de manifestarmos, democraticamente, o pluralismo político e a variedade de ideias e pensamentos bem como, em última análise, garantir a democracia. Governos autoritários e ditatoriais não suportam variedade de ideias e pensamentos. Logo, não há liberdade de expressão. E nem democracia.

Países que possuem matrizes a partir do sistema "common law" veem o "free speech" de uma forma diferente. Diga-se: ainda mais importante. Na verdade, tal direito é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana.

O psicólogo canedense Jordan Peterson defende que, em última análise, dentro de um debate político, é impossível não ofender ninguém. Neste sentido, em algumas situações, existiria inclusive o direito de ser ofensivo, desde que pautado na busca da verdade. A liberdade de expressão é vital para a busca da verdade, e deve ser garantida mesmo para a difusão de pontos de vista que pareçam absolutamente errados ou até abjetos para a maioria das pessoas. Como disse o filósofo Nietzsche: "A verdadeira questão é: quanta verdade consigo suportar?".

Este pensamento é similar filosofia política de John Stuart Mill, grande pensador liberal. Assim, a ideia básica da liberdade de expressão como

instrumento para a obtenção da verdade parte da premissa de que, no contexto do debate livre entre pontos de vista divergentes sobre temas polêmicos, as melhores ideias prevalecerão. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade.

Neste sentido é também o professor e juiz de direito Max Paskin Neto, que diz: "numa sociedade que se diz democrática é preciso dar espaço aos diferentes discursos, inclusive o odioso". Levando a questão do "free speech" ao extremo, o autor defende o direito de ser "rude", que seria, conforme defende o mencionado autor, inclusive, um direito fundamental. Assim, a liberdade de expressão não deveria proteger apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos, como o racismo e nazismo. Seria a máxima supostamente voltairiana levada a suas últimas consequências: "Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo".

A bem da verdade, toda esta discussão gira em torno do chamado "hate speech", ou, como conhecemos, discurso de ódio. Certamente, a dúvida principal é: partindo do pressuposto que existem situações que aproximam-se muito mais de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões, é possível criminalizar este ataque? A resposta é, especialmente no Brasil, afirmativa. A outra questão, contudo, que levanta-se é: quem irá definir o que é "hate speech"? Existem meios eficazes de realmente definir o que vem a ser um discurso de ódio, sem que isto transforme-se, na prática, em uma forma de controle de um determinado espectro ideológico político sobre outro?

A primeira vez que houve uma restrição da liberdade de expressão foi a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso Ellwanger – já qualificado por integrantes da Corte como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. Decidiu-se, naquele julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. E há vários outros casos em cortes inferiores apontando na mesma linha. Recentemente, em especial, tivemos a decisão favorável a criminalização da homofobia, amplamente

divulgada nas mídias sociais. Ou seja, em princípio, como todo direito previsto em nosso ordenamento jurídico, existem limitações ao direito de liberdade de expressão.

Mesmo no sistema norte-americano, este direito não é absoluto. Conforme o "Justice" Frankfurter destacou inicialmente, as ofensas pessoais "não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e possuem um valor social tão reduzido como passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem". Contudo, há uma ressalva: Existe uma tênue distinção feita pela Corte, que distinguiu a defesa de ideias racistas – protegida pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos – não protegida. Podemos dizer, inclusive, que linha de raciocínio similar fora usado pelo Supremo Tribunal Federal, ao definir pela constitucionalidade da "marcha da maconha".

Atualmente, como são mínimas as chances de alteração da jurisprudência da Suprema Corte em matéria de hate speech, os debates de maior importância prática nesta matéria nos Estados Unidos (e, de certa forma, no Brasil) gravitam em torno da regulação do discurso intolerante no âmbito das universidades privadas. Como tais instituições não integram o Estado, elas não são obrigadas a seguir a 1ª Emenda, de acordo com a doutrina da State Action. Por isso, algumas universidades privadas adotaram códigos de conduta que proíbem manifestações de racismo ou preconceito contra minorias nos seus campos, enquanto outras, embora não estivessem juridicamente obrigadas a tanto, preferiram seguir a orientação da Suprema Corte e não criaram restrições ao discurso dos seus alunos e professores, para não "abafarem" o debate no âmbito da comunidade universitária.

Tal questão é muito bem explorada pelo sociólogo social e político Jonathan Haidt, por exemplo. Autor do livro "uma mente moralista", o sociólogo mostra como as universidades norte-americanas estão tornando-se mais dogmáticas do que a própria religião – que é bastante questionada por muitos teóricos acadêmicos. Assim, lugares como Universidades que, outrora, foram conhecidas pelo pensamento crítico e multiplicidade de ideias, vem, aos poucos, tornando-se um lugar de uma única narrativa.

Conforme relata o autor, existem bases biológicas e traços de personalidade que são capazes de indicar a ideologia política seguida. Logo,

além de, a princípio, muito da questão de pensamento político ideológico ser determinado pela genética, defende o autor em artigo específico que a diversidade política, em razão da diversidade de traços de personalidades, melhorará as ciências psicológicas, citando assim diversos argumentos em defesa, dentre os quais destaco: diferentes visões de realidade, menor concentração de pontos que sirvam apenas para justificar um pensamento fixo, impossibilitando o crescimento crítico e intelectual e, principalmente, a convivência mostra que ideias divergentes podem e devem ser respeitadas, e não tratadas com desprezo e falta de respeito.

Novamente, a pergunta principal é: Sabendo que a liberdade de expressão é um corolário da democracia, até que ponto é possível restringir este direito para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem deslizar na "rampa escorregadia" (slipery slope) que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião, comprometendo assim a própria democracia? Estamos, novamente, olhando para o abismo de Nietzsche.

Finalizando, minha intenção com este trabalho é trazer muito mais indagações e inquietudes do que respostas e verdades prontas. Certamente, ainda há muito o que se debater em torno destas questões, sendo papel dos intelectuais e da academia, em um espaço verdadeiramente democrático, procurarem encontrar uma solução.

Ressalto novamente que jamais foi a pretensão deste trabalho esgotar o tema. O propósito do pensamento acadêmico, muitas vezes, é trazer muito mais indagações e inquietudes do que respostas e verdades prontas. Certamente, ainda há muito o que se debater em torno destas questões, sendo papel dos intelectuais e da academia, em um espaço verdadeiramente democrático, procurarem encontrar uma solução.

Por fim, não acredito que exista uma solução simples e prática para todos estes problemas elencados, em especial, ao último. Conforme nos alertava H L Mencken: "Para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada".

REFERÊNCIAS

Abboud, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Bottomore, Thomas B. As elites e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

Drutman, Lee. The Business of America is Lobbying: How Corporations Became Politicized and Politics Became More Corporate. Oxford University Press, 2015.

DAHL, R. Poliarquia. Participação e Oposição. São Paulo: Edusp, 2015.

Duarte, J. L., Crawford, J. T., Stern, C., Haidt, J., Jussim, L., & Tetlock, P. E. Political diversity will improve social psychological science. Behavioral and Brain Sciences, 38, e130 – e142. 2015.

Haidt, Jonathan. The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion (English Edition). Vintage, 2012.

Hollanda, Cristina Buarque de. Teoria das elites. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

Hoppe, Hans-Hermann. Democracia – O Deus que falhou. São Paulo: LVM Editora, 2016.

Hoppe, Hans-Hermann. Uma breve história do homem: progresso e declínio. 1ª. ed. São Paulo: LVM Editora, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Lilla, Mark. A Mente Imprudente: Os intelectuais na atividade política. Tradução Clóvis Marques. 1ª. ed. São Paulo: Record, 2017.

Lilla, Mark. A mente naufragada: Sobre o espírito reacionário. Tradução Clóvis Marques. 1ª. ed. São Paulo: Record, 2018.

Marton, Scarlett. Nietzsche e a crítica a democracia. Dissertatio. UFPel, v. 33, p. 19, 2011.

Neto, Max Paskin. O Direito de Ser Rude. Liberdade de Expressão e Imprensa. Paraná: Bonijuris. 1 ed. 2015.

Nóbrega Júnior, José Maria. Homicídios no Nordeste. Dinâmica, relações causais e desmistificação da violência homicida. ED. UFCG. Campina Grande. 2012.

Peterson, Jordan B. 12 regras para a vida. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

Sarmento, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out/dez, 2006. Disponível em: <http:// www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUMPETER, J. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SUSTEIN, C. Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

A PRESENÇA DE GRUPOS RELIGIOSOS FUNDAMENTALISTAS NOS ESPAÇOS PÚBLICOS BRASILEIROS

Celso Gabatz

Introdução

A lógica que configura a religiosidade fundamentalista brasileira supõe uma cartografia discursiva marcada pela fragmentação das subjetividades. O que se vislumbra é uma religiosidade capaz de se articular, em grande medida, com base em um discurso acusatório que deriva desta sua capacidade de tocar, atingir, incorporar e reorientar alguns elementos presentes no universo simbólico de referência da população. O fundamentalismo religioso acentua a batalha espiritual já não mais circunscrita à esfera espiritual, mas, cotidianamente, exacerbada pelos discursos beligerantes, sobretudo em relação às minorias sexuais, étnicas e de gênero.

A relação entre diversidade e religião sempre foi polêmica, controvertida e plural. Para determinados grupos religiosos, como por exemplo, os segmentos minoritários do protestantismo histórico, os cultos afro-brasileiros e algumas filosofias orientais, a diversidade acabou sendo incorporada e assumida como elemento importante nas suas demandas de luta e defesa doutrinária. Já em certos setores hegemônicos do cristianismo foi se consolidando uma visão conservadora em relação a gays, lésbicas,

bissexuais, travestis e transexuais[81] ainda que seja possível identificar uma pluralização de opiniões, percepções e formas de atuação a partir de novas possibilidades, como por exemplo, a criação de igrejas inclusivas ou igrejas gays em vários estados brasileiros (NATIVIDADE, 2010).

Esta complexidade entre religião e sociedade, do ponto de vista dos direitos humanos, com o surgimento de novos sujeitos, sugere a ampliação dos debates onde as instituições religiosas são convidadas a repensar valores, posicionamentos, atitudes (GUERRIERO, 2006). A regulação das sexualidades pelas diretrizes religiosas de caráter fundamentalista implica na recusa de modelos igualitários de gênero, exacerba a difusão de uma mensagem sexista e emoldura visões estigmatizadas da homossexualidade (MACHADO; PICOLO, 2011). Torna-se, portanto, imperioso compreender os sentidos da rejeição de políticas inclusivas e as reivindicações por direitos de minorias sexuais, para perceber os dilemas e incoerências que conectam homofobia, convenções e valores sociais e religiosos. As prerrogativas que suscitam o discurso legitimador da homofobia religiosa, que almeja, por exemplo, a cura da homossexualidade com sucessivos apelos à conversão acompanhados de exortações teológicas de cunho fundamentalista, revela uma preocupação com as "inversões de gênero", expressas na necessidade de tornar certos homens mais masculinos e certas mulheres mais femininas, para em última análise, usufruírem, da bondade divina e não serem "condenados" (LOURO, 2007).

Os evangélicos neopentecostais mesmo sendo minoria em relação ao total da população brasileira, tem ocupado um lugar estratégico e de muita visibilidade. Esta inserção não decorre apenas pelo proselitismo bastante incisivo, mas em grande medida pela sua atuação na esfera pública, com destaque para a mídia e a política (EMMERICK, 2013, p. 21-78). São, portanto, atores que contribuem para amplificar as tensões da modernidade e dar à religião um novo lugar. A afirmação da "heterossexualidade" como única forma legítima de exercício do desejo, confere importância

81 O termo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) foi aprovado na 1ª Conferência Nacional realizada em Brasília em junho de 2008. A mudança de nomenclatura (antes mais conhecida a partir da definição GLS) foi realizada a fim de valorizar as lésbicas no contexto da diversidade sexual, e também de aproximar o termo brasileiro com o predominante em várias outras culturas (OLIVEIRA; PICHLER; CANABARRO, 2012).

ao "sexo" biológico, tomando diferenças de gênero e subordinações culturalmente constituídas como se fossem 'naturais' (BUTLER, 2003, p. 40-43).

Consolida-se uma compreensão que sugere uma diferença indesejável capaz de ameaçar as fantasias de identidade cultivadas por alguns sujeitos que entendem que a humanidade deveria ser heterossexual. A abordagem, busca, portanto, aprofundar a perspectiva dos direitos humanos, as questões inerentes às minorias e grupos vulneráveis, o preconceito suscitado pela violência simbólica e a retórica do preconceito alicerçado pela crítica pública com preceitos fundamentalistas

Intolerância Pastoral e Regulação da (s) Sexualidade (s)

Se ao longo da história houve diversos movimentos importantes pela produção de novos valores, por mudanças de mentalidade, influenciando a transformação das instituições e reordenando a vida social (CASTELLS, 2013), contraditoriamente, o ativismo religioso busca a manutenção de condutas, valendo-se da autonomia de comunicação que a sociedade em rede permite. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2014), para além do uso das redes sociais para coordenar ações, outro componente do processo comunicativo é a construção de um espaço público no espaço urbano. Algo que é perseguido pelos coletivos religiosos, que ocupam postos e lugares simbólicos, conseguindo colocar contingentes substanciais em protestos nas ruas e conquistando a adesão para suas comunidades mesmo de quem não tem filiação religiosa.

Na opinião de Jurkewicz (2005), é possível identificar pelo menos três posicionamentos diferentes no âmbito da fé cristã frente à homossexualidade na atualidade. O primeiro é de rechaço total encontrado entre aqueles que interpretam a homossexualidade como uma conduta antinatural e pecaminosa. Embora associe a conduta homossexual à perversão, esse grupo tende a defender o acolhimento daqueles que reconhecem a necessidade de mudar o comportamento. Uma segunda postura considera a conduta homossexual como aceitável, embora inferior, sugerindo àqueles que não conseguirem se ajustar ao estilo de vida heterossexual, manter abstinência e canalizando a sua atividade sexual em uma relação estável. E, a terceira, reconhece a homossexualidade tão digna como a heterosse-

xualidade, afirmando que o pecado não está na homossexualidade, em si, mas, na exploração dos parceiros, fenômeno que pode ocorrer também nas relações heterossexuais.

A atuação incisiva de lideranças evangélicas para atuar nos espaços decisórios do Estado brasileiro reflete algumas questões importantes para o debate democrático e os direitos das minorias no contexto brasileiro (CUNHA e LOPES, 2013). Cabe, pois, perguntar acerca da possibilidade de conciliação entre a garantia da laicidade e a defesa e proteção dos direitos humanos e também a efetivação dos direitos fundamentais através da pregação de lideranças evangélicas investidas ou não de mandatos parlamentares (BEATY, 2014). As opiniões deveriam influenciar os debates relacionados às políticas públicas e à elaboração legislativa em um Estado laico?

Os discursos de lideranças evangélicas, a exemplo do pastor Silas Malafaia[82] não se limitam a desqualificar a prática homossexual internamente às suas igrejas e seus fiéis. Sua atuação é voltada a influenciar as posições do Estado, seja para bloquear proposições legislativas que reconheçam direitos civis, seja na oposição de políticas governamentais de promoção da cidadania e dos direitos humanos (CÉSAR, 2013, p. 167-

82 Em fevereiro de 2013, durante entrevista concedida ao programa "De Frente com Gabi", causou forte polêmica ao afirmar que não acreditava que dois homens ou duas mulheres teriam a capacidade de criar e cuidar de outro ser humano. Referiu que nada tinha contra homossexuais, pois "amava homossexuais assim como também amava bandidos" (TOLIPAN, 2013). Como um dos organizadores da Marcha para Jesus, tem se notabilizado por pautar suas falas neste espaço com uma crítica incisiva à aprovação legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Foi denunciado ao Ministério Público por suas declarações homofóbicas e de incitação à violência em relação aos homossexuais (RONCAGLIA, 2012). É conhecido por manifestações polêmicas através de textos e vídeos nos quais se posiciona de forma extremamente crítica em relação a temas como o aborto e a homossexualidade. Em 2008, liderou uma manifestação diante do congresso nacional, contra o projeto de Lei PLC 122. Sua alegação era de que o mesmo não estaria protegendo os direitos dos homossexuais, mas lhes dando privilégios. Ao se referir ao projeto em questão fez menção ao fato de que este seria a "primeira porta para a pedofilia" (VITÓRIA EM CRISTO, 2014). Sua mensagem triunfalista está profundamente ligada a uma ferrenha crítica aos ideais de vida cristã e de vida secular, em que prevaleceriam o egoísmo, o individualismo, o consumismo e a cobiça. Exorta um modelo de identidade cristã na qual o indivíduo deve saber viver no mundo buscando sempre a santificação, o conhecimento contínuo da Bíblia e a ascensão social para ser uma pessoa e um profissional cada vez mais aperfeiçoado.

184). Ao se opor a leis que incidam sobre a discriminação de pessoas em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero, os argumentos utilizados pelos pastores e parlamentares evangélicos são diretamente derivados de sua leitura bíblica e da moral de suas igrejas. Não procuram sustentar essa posição em termos laicos ou universalizáveis para o conjunto da população que não compartilha da mesma fé religiosa (MACHADO, 2012).

É importante aprofundar o debate e compreender com maior perspicácia se argumentos do âmbito pessoal no tocante à moral religiosa deveriam ser considerados de forma tão incisiva para o reconhecimento de direitos em um Estado laico? Cabe observar que a moral de uma sociedade democrática deveria ser crítica e não estar apenas apoiada em determinadas tradições, ainda que majoritárias. Como indicado por Roger Raupp Rios:

> A convicção religiosa alheia, não pode, portanto, privar de direitos um grupo social que não se recusa a cumprir os deveres gerais da cidadania. Além de serem livres para crer, os cidadãos brasileiros são livres para não serem privados de direitos por grupos religiosos terem feitos leis fundadas em suas convicções religiosas. Dizer, portanto, que não se estendem a certos grupos (como gays e lésbicas) direitos que existem para outros pela "índole religiosa" da maioria ou pelo "direito natural" de caráter revelado ou pseudocientífico (...) é contrariar diretamente o direito constitucional (RIOS, 2011, p.39).

De acordo com Claude Geffré, o pluralismo religioso é um aspecto essencial da experiência histórica dos tempos contemporâneos. Vivemos a era das pluralidades. Esta pluralidade ultrapassou os limites sociais. As religiões podem despertar sentimentos intensos e comportamentos radicais.

> É à luz deste pluralismo religioso que somos convidados a reinterpretar algumas verdades fundamentais do cristianismo. Se podemos falar de uma virada hermenêutica da teologia, é em grande parte porque o pluralismo religioso exerce praticamente a função de um novo paradigma teológico. No caso do fundamentalismo

> [...] haverá uma sacralização da letra da Escritura como testemunha fiel da palavra de Deus [...] haverá uma quase sacralização da tradição dogmática da Igreja e uma recusa [...] de colocar no mesmo plano todos os ensinamentos da Igreja, quer se trate dos ensinamentos que dizem respeito à fé como tal ou de um certo número de doutrinas que dependem mais de uma certa tradição teológica (2004, p. 131; 88-89).

Anthony Giddens ao tratar da repressão institucional e a questão da sexualidade refere que os espaços para a mobilização são produzidos pela própria expansão da vigilância. Uma sociedade de reflexividade institucional desenvolvida torna possível a existência de formas de engajamento pessoal e coletivo que alteram muito o âmbito das sexualidades.

> O sequestro da experiência separa os indivíduos de alguns dos principais pontos de referência moral, através dos quais a vida social foi ordenada [...] Pode-se sugerir que a sexualidade adquire a sua qualidade coercitiva, juntamente com a sua aura de excitação e perigo, do fato de nos colocar em contato com esses campos perdidos da experiência (1993, p. 198-199).

Interessante perceber que o ideal buscado por algumas lideranças religiosas é a representação do cristão combativo, cuja vida deve ser um testemunho para a sociedade. Este não deveria dobrar-se às tentações do mundo e aos "modismos" da igreja. Algo semelhante à ideia desenvolvida por Karen Armstrong sobre a religiosidade fundamentalista como guerreira e combativa que cria uma contracultura não utópica para opor-se à sociedade secular (ARMSTRONG, 2001, p. 9-17).

É inequívoca a posição assumida no sentido de aceitar, acolher e amar para tentar "corrigir", "reorientar", "ajustar". A proposta é "curar" a homossexualidade segundo determinados "valores" e "verdades". Trata-se de uma visão tutelar, de correção moral. Objetiva reforçar o vínculo da homossexualidade como sendo um desvio. Sustentando a ideia de que assim como o fenômeno da delinquência atenta e prejudica a sociedade, os homossexuais, sendo um fato social, existem, mas precisam ser corrigidos

para que não causem dano ou mal a família, aos bons costumes, a ordem religiosa.[83]

A denúncia de uma suposta agenda oculta do movimento pelos direitos civis da população LGBT está sendo incorporada como elemento relevante nos discursos dos líderes evangélicos brasileiros. É uma tática que visa dar legitimidade aos argumentos, retratando ideias, princípios e táticas nascidas do protestantismo de extrema direita protestante norte-americana.

> Não se engane a estratégia homossexual é um plano tático para a guerra. Não se trata de uma reunião política pública ou de uma estratégia de marketing: a estratégia que tem sido disseminada pelo lobby homossexual é uma de natureza militar. (...) Esta não é uma batalha contra inimigos estrangeiros, mas contra um inimigo ainda maior: as forças das trevas e legiões de gays e lésbicas furiosas e determinados a abolir a virtude cristã e o julgamento moral de qualquer forma (SHELDON, 2012, p. 267).

Ao desqualificar os homossexuais o religioso norte-americano pressupõe que a sua interpretação bíblica e visão moral são paradigmas universais estabelecidos, verdadeiros e fundamentados numa organização social que caracteriza a prática homossexual - e o movimento LGBT - como partes de uma estratégia destinada a destruir o cristianismo. Os fundamentos da retórica beligerante evidencia a caracterização negativa do "estilo de vida" dos homossexuais como algo doentio e na suposta tentativa dos mesmos de instalar uma sociedade submissa aos seus ditames – algo como um verdadeiro "império homossexual", como denunciou o então senador evangélico Magno Malta (PR-ES), em discurso na tribuna da câmara dos deputados.[84]

---

83 Silas Malafaia, por exemplo, engajou-se pessoalmente na tradução, divulgação e promoção do livro do pastor norte americano Louis Sheldon, denominado *The agenda.* Traduzido para o português como *'A estratégia – o plano dos homossexuais para transformar a sociedade'.* O livro foi vendido no catálogo de uma popular empresa de cosméticos o que ensejou uma campanha de boicote e denúncia por parte do movimento LGBT. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/avon-silas-malafaia-e-a-propagacao-da-homofobia/. Acesso em 22 de Dez. 2015.

84 Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/04/03/magno-malta-ve-tentativa-de-criacao-de-2018imperio-homossexual2019-no-brasil.

A suposta piedade e compreensão amorosa acabam sendo, com efeito, mais uma estratégia retórica para a normatização pastoral e sexual. São aludidas de forma contínua e abundante diversas questões inerentes a concepções de gênero, família e sexualidade que acabam não sendo amparadas do ponto de vista do conhecimento científico[85] e também no âmbito da vivência social, dadas as transformações culturais, sociais, jurídicas e históricas das últimas décadas.

Importante destacar que de acordo com Pierre Bourdieu (1998), a religião forneceria justificativas para a existência humana por produzir um sentido para a vida. Mas esse sentido, necessariamente, precisaria estar contextualizado. Isto porque a produção operada na religião só é considerada pela sociedade porque desempenha um papel significativo e estruturante, aceito ou admitido por determinado grupo. A religião reveste o social com uma aura sagrada e faz a correspondência entre a ordem social e a ordem simbólica. Esta particularidade lhe outorga uma função política estruturante (BOURDIEU, 1998, p. 33). Na perspectiva de Oro (1996), a realidade contemporânea tem exacerbado algumas premissas de cunho fundamentalista, sobretudo pela decorrência da vulnerabilidade social enquanto efeito da globalização e da Modernidade.

Zygmunt Bauman, por sua vez, mostra que "o fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias da escolha" (1998, p. 228). Segundo o autor, o fundamentalismo tornou-se um remédio radical contra o veneno da sociedade de consumo. É possível afirmar que os indivíduos encontram respostas do que pensar, dizer ou fazer. Seria quase um resgate de valores das tradições ancestrais; algo capaz de fornecer sentido à vida e propiciar uma sensação de controle sobre a incessante chegada do novo. O discurso com base em algumas diretrizes naturalistas e jurídicas acaba sendo explorado de forma mais en-

---

Acesso em: 15 de Dez. 2015.

85 Uma das respostas mais contundentes para questionar os argumentos levantados por Malafaia foi do biólogo Eli Vieira, mestre e doutorando em genética em Cambridge, no Reino Unido. Através de um vídeo postado na rede social Youtube com mais de um milhão de acessos, o estudioso busca responder ao pastor, mostrando detalhes que comprovam que os argumentos do mesmo estariam manipulados ou equivocados. Disponível em: http://revistaladoa.com.br/2013/02/noticias/cambridge-geneticista-brasileiro-rebate-entrevista-polemica-silas-malafaia. Acesso em: 28 Dez. 2015.

fática (HABERMAS, 2007, p. 235-278). São formulações que incorporam parcela dos princípios dos direitos humanos, realçando ambivalências do ideário dos movimentos sociais (BAJOIT, 2006. p. 251-276) e que motivam itinerários dados pelos "limites" das prerrogativas contidas na proposta de criminalização da homofobia.

Não se pode ignorar que as controvérsias ocorrem em todas as esferas culturais e que nos processos de reconfiguração do sistema de valores, os religiosos se apropriam das perspectivas científicas e jurídicas que estão mais próximas de suas tradições (MONTERO, 2009). Deve-se acrescentar ainda, que a disputa interna nos próprios segmentos favorece a visão de que os LGBT constituam um movimento social com discursos e demandas pouco unificadas. A visão propagada pelo conservadorismo religioso reforça o ideal de que o legislativo é um espaço no qual os diferentes grupos vão sendo representados na defesa de seus interesses, mas onde as normas legais serão definidas em função dos sistemas de valores da maioria ali representada que é, no caso brasileiro, cristã.

> É engraçado: Ateus podem se expressar. Marxistas também. Humanistas também. Operários também. Filósofos também. Médicos, e vai por aí afora. E por que eu não posso me expressar? Eu sou cidadão. Tenho o direito de me expressar [...] Eu sou cidadão e estou amparado pelo artigo 5° da Constituição brasileira: é livre a manifestação da opinião (VERDADE GOSPEL, 2012).

Mesmo que se incorpore no debate parlamentar argumentos de natureza jurídica, psicológica, médica e de outros campos do conhecimento, tais argumentos estarão a serviço da convicção de que a sociedade brasileira não deve alterar as normas legais criadas a partir do modelo heterossexual de família.

Poder, Persuasão e Novos Domínios da (s) Sexualidade (s)

> Não existe ordem cromossômica homossexual. A sociedade é livre para criticar evangélico, criticar católico, criticar deputado. Agora se criticar a prática homossexual é homofobia. Casal é homem e

> mulher, o resto é par. Não existe prova científica de que alguém nasce homossexual.[86]

De acordo com Foucault (1988), é a partir do final do século XVII que a sexualidade torna-se objeto privilegiado de um saber científico. De acordo com Foucault não procederia a premissa de que o sexo foi silenciado, proibido e reprimido por prejudicar as forças de trabalho durante a ascensão da Revolução Industrial. Para ele nunca houve tanta produção e reprodução discursiva a respeito do sexo como na Modernidade, por meio de instâncias como a Psicanálise, a Biologia, a Anatomia.

Para Foucault a sexualidade estaria em associação direta com as questões inerentes ao poder. O autor realça algumas peculiaridades na sua teoria sobre o biopoder, resumido como poder sobre a vida. Este biopoder estimularia o aumento da produtividade e realçaria a utilidade dos corpos, das vidas, controlando e regulando algumas práticas, plenificando uma espécie de "adestramento" além de ampliar o sentido das aptidões particulares.

> Este biopoder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho da reprodução e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos (FOUCAULT, 1988, p. 156).

O discurso proposto pelas lideranças conservadoras trata de um projeto que vem se desenvolvendo para o controle da sexualidade ser enten-

86 Palavras proferidas por Silas Malafaia na manifestação em protesto contra a descriminalização do aborto, o casamento gay e pela liberdade de expressão religiosa ocorrida no dia 05 de junho de 2013 na esplanada dos ministérios na capital federal. O palco montado em frente ao Congresso Nacional atraiu líderes evangélicos, políticos de vários partidos e artistas gospel. O evento organizado por Malafaia foi realizado em um dos dias de maior movimentação no Legislativo. Dezenas de parlamentares ligados à bancada evangélica se revezaram para discursar no ato religioso. Um dos temas mais recorrentes dos oradores do evento foi o casamento entre casais homoafetivos em função da decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que havia determinado aos cartórios do país para que oficializem casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Pastores e políticos defenderam que qualquer cidadão deveria ter o direito de se expressar contra as uniões entre homossexuais (PASSARINHO; COSTA, 2013).

dido como um dos principais dispositivos de poder para o pleno desenvolvimento do capitalismo. Antes de representar um discurso religioso de forma isolada, também não deixa de ser um resultado de uma lógica neoliberal que contribui para manter a estrutura normativa a partir da realidade contemporânea e seus mecanismos de poder e persuasão das mentalidades: templos, televisão, música, mídia, política.

Foucault destaca pelo menos duas manifestações históricas acerca do poder que estariam ligadas: um chamado "anátomo-político" que incidiria sobre o corpo humano, buscando torná-lo dócil, controlável e útil, e um poder do "corpo espécie", a saber, um corpo "transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida" (FOUCAULT, 1988, p. 131). O autor destaca que os novos domínios da sexualidade estariam diretamente atrelados as exigências do poder, determinadas ideologias e fatores econômicos. Seria demasiado supor que novos conhecimentos científicos poderiam representar uma suposta neutralidade ou distância dos sentidos inerentes ao poder:

> Se a sexualidade se constituiu como domínio a conhecer, foi a partir de relações de poder que a instituíram como objeto possível; e, em troca, se o poder pôde tomá-la como alvo, foi porque se tornou possível investir sobre ela através de técnicas de saber e de procedimentos discursivos (FOUCAULT, 1988, p. 24).

Foucault também faz alusão e busca descrever aquilo que redundaria em "sexualidades periféricas". Com base nesta abordagem e mesmo com toda uma evolução dos conhecimentos científicos, ainda é latente o entendimento de que as práticas homossexuais fazem parte das categorias genéricas de "perversões". Para o autor, até o século XVIII o sexo não heterossexual era legítimo e até aceito socialmente; no entanto, havia aquilo que Foucault entende por "ilegalismo global". Assim, por exemplo, a sodomia fazia parte de uma vivência de crimes contra a lei, junto com a bestialidade e a infidelidade. O foco se concentrava na relação matrimonial.

A partir do século XVIII surgem novas categorias de análise, novos recortes, novas práticas classificatórias. São as chamadas perversões: exibicionistas, fetichistas, zoófilas. Os homossexuais passam a ser vistos como

indivíduos dotados de uma "natureza singular, própria, única e ambígua" que mereceria ser investigada e melhor compreendida no tocante a sua história, caráter e anatomia; "o sodomita antes era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie" (FOUCAULT, 1988, p. 44).

A ideia de uma essência homossexual imutável e determinada no nascimento, defendida por movimentos de apoio aos direitos dos homossexuais, insere-se em grande medida no âmbito deste poder que não busca excluir a sexualidade dos indivíduos, mas sim fixá-la e consolidá-la nos corpos, por meio do entendimento, aceitação e respeito para com o outro. A cada rótulo, a cada domínio, a cada recorte criado pelo conhecimento, multiplicam-se as possibilidades de intervenção do poder. Este mesmo poder que também poderá multiplicar as sexualidades a partir de determinadas nuances e peculiaridades culturais, sociais e religiosas.

Qualquer forma discursiva sempre estará intimamente atrelada a um contexto histórico permeado por variados fatores que condicionam a sua produção e manifestação. Segundo Foucault, em todas as sociedades ocorre esta interferência de procedimentos de controle, seleção ou exclusão. Continuamente vão sendo definidos quais critérios que devem ser legitimados e quais signos devem acompanhar esta elaboração (FOUCAULT, 2009, p. 39). Não é possível enunciar, aleatoriamente, qualquer coisa, em qualquer local, a qualquer momento. É primordial relacionar o discurso a um contexto mais amplo, ao "sistema de significação em que o indivíduo se inscreve" (FOUCAULT, 2009, p. 109). Mais que uma operação expressiva, o discurso representa "um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, numa dada época, e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa" (FOUCAULT, 1972, p. 148).

Foucault destaca que cada enunciado, apesar de singular, está sujeito a se repetir, se transformar, se articular com outros. Neste sentido "diferentes em sua forma, dispersos no tempo, formam um conjunto se eles se referem a um único e mesmo objeto" (FOUCAULT, 1972, p. 43). É importante que haja uma regularidade de "objetos, conceitos, tipos de enunciação ou temas" (FOUCAULT, 1972, p. 43) para definir uma linearidade e coerência dos conceitos ou a consolidação da identidade. Para Foucault os discursos são "elementos ou blocos táticos no campo das correlações de poder"

(FOUCAULT, 1988, p.97). Ainda que discursos semelhantes possam circular entre estratégias opostas é no embate que ambos se valem dos mesmos ritos de produção de discurso – recorrem a pesquisas, estatísticas, teorias de pesquisadores de renome, títulos, nomenclaturas.

Esta "guerra santa" contra o reconhecimento dos direitos das minorias tem muito a ver com os direitos de reconhecimento, nos termos de Nancy Fraser (2001), com a noção de justiça social, pois se trata de erradicar conceitos negativos relacionados aos grupos sociais historicamente discriminados. Ou seja, não basta perseguir a igualdade de renda ou garantir políticas sociais (os direitos de redistribuição): é também preciso enfrentar preconceitos e promover positivamente determinadas populações, em um processo de valorização cultural e combate a estigmas (GOFFMANN, 1989). Um ideal antagônico à crença e à prática de lideranças conservadoras. Em certa medida, líderes religiosos têm o direito de expressar as posições da forma como considerarem adequado. A dificuldade surge quando se defende uma visão conservadora confundindo liberdade religiosa e de expressão com uma espécie de guerra contra a diversidade. São ações que alimentam a intolerância, monopolizam uma determinada "verdade" e abrem as portas para uma religiosidade eivada de ódio, ignorância e repleta de incompreensões.

Considerações Finais

Os embates apresentados revelam a complexidade das discussões acerca da homofobia e as formas correlatas de violência que incidem sobre populações cuja conduta é dissidente da heterossexualidade. Ao atribuir à homossexualidade um caráter ameaçador e lutar contra os direitos das pessoas LGBT, grupos religiosos reproduzem imagens negativas, apelam a estigmas e estereótipos da diversidade sexual. As construções do gênero e do desejo que sejam destoantes da norma hegemônica são marcadas como diferenças indesejáveis, reiterando uma obrigatoriedade de uma conduta heterossexual. O desprezo social e religioso dirigido a aqueles que não se enquadram nesta perspectiva revela processos de formação da identidade que são assentados na valorização de si mesmo e pela consequente desqualificação do outro (ERIBON, 2008).

Importante observar que sob uma perspectiva sociológica, essa relação depreciativa acentua a produção de assimetrias sociais, desigualdades de

oportunidades, diferenças de status, obstrução de direitos, estereótipos negativos. O fundamentalismo e a intolerância religiosa fortalecem-se quando operam discursos baseados em valores que realçam táticas plurais de desqualificação e controle. Esta retórica não se manifesta somente nas percepções e juízos morais, mas envolve formas de atuação em oposição à visibilidade e reconhecimento de minorias, tanto na esfera pública como privada.

REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, K. *Em nome de Deus* – o fundamentalismo no Judaísmo, no Cristianismo e no Islamismo. São Paulo: Companhia da Letras, 2001.

BAJOIT, G. *Tudo Muda*. Proposta Teórica e Análise da Mudança Sociocultural nas Sociedades Ocidentais Contemporâneas. Ijuí: UNIJUI, 206.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEATY, D. M. *A Essência do Estado de Direito.* São Paulo, Martins Fontes, 2014.

BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas.* São Paulo, Perspectiva: 1998.

BUTLER, J. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade**.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA, C. R. (Org.); PICHLER, N. (Org.) CANABARRO, R. P. (Org.). *Filosofia e Homoafetividade*. Passo Fundo: Méritos, 2012.

CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança*: movimentos sociais na era da internet. São Paulo: Zahar, 2013.

CÉSAR, M. C. *Entre a Cruz e o Arco-Íris*. A Complexa Relação dos Cristãos com a Homo Afetividade. Belo Horizonte: Gutenberg, 2013.

CUNHA, C. V.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política:* Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.

De Cambridge, geneticista brasileiro rebate entrevista polêmica de Silas Malafaia. Revista lado a. Disponível em: http://revistaladoa.com.br/2013/02/noticias/cambridge-geneticista-brasileiro-rebate-entrevista-polemica-silas-malafaia Acesso em 28 de Dez. 2015.

EMMERICK, R. *Religião e Direitos Reprodutivos*. O Aborto como Campo de Disputa Política e Religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ERIBON, D. *Reflexões sobre a questão gay*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso.* São Paulo: Edições Loyola, 2009.

_____. *História da Sexualidade I*: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. *Arqueologia do Saber*. Petrópolis: Vozes, 1972.

FRASER. N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista. In: SOUZA, J. (Org.) *Democracia hoje*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GEFFRÉ, C. *Crer e interpretar*. A virada hermenêutica da teologia. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIDDENS, A. *A Transformação da Intimidade*. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1993.

GOFFMANN, E. *A Representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 1989.

GUERRIERO, S. *Novos Movimentos Religiosos.* O Quadro Brasileiro. São Paulo, Paulinas, 2006.

HABERMAS, J. *Entre Naturalismo e Religião*: Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HOMOFOBIA. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/avon-silas-malafaia-e-a-propagacao-da-homofobia/. Acesso em 22 de Dez. 2015.

JURKEWICZ, R.S. Cristianismo e homossexualidade. In: GROSSI, M. P. (org.). *Movimentos Sociais, educação e sexualidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

LOURO, G. L. *Gênero, Sexualidade e Educação*: uma perspectiva pós-estruturalista. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

MACHADO, M. D. C. Aborto e Atvismo religioso nas eleições de 2010. *Revista Brasileira de Ciências Política* 7, 2012. p.25-37.

MACHADO, M. D. C.; PICOLO, F. *Religião e Homossexualidade.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

Magno Malta e a Criação de Império Homossexual. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/04/03/magno-malta-ve-tentativa-de-criacao-de-2018imperio-homossexual2019-no-brasil. Acesso em: 15 de Dez. 2015.

MONTERO, P. Jürgen Habermas: religião, diversidade cultural e publicidade. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 84, p. 199-213, 2009.

NATIVIDADE, M. Uma homossexualidade santificada? Etnografia de uma comunidade inclusiva pentecostal. *Religião e Sociedade*, v. 30, n. 2. Rio de Janeiro? ISER/ UERJ, 2010.

ORO, I. P. *O outro é o demônio;* uma análise sociológica do fundamentalismo. São Paulo: Paulus, 1996.

PASSARINHO, N.; COSTA, F. Milhares protestam em Brasília contra aborto e casamento gay. G1. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/milhares-protestam-em-brasilia-contra-aborto-e-casamento-gay.html Acesso em: 29 de Dez. 2015.

RONCAGLIA, D. Malafaia chama de "absurda" a ação que o acusa de homofobia. Folha UOL. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/02/1050402-malafaia-chama-de-absurda- a-acao-que-o-acusa-de-homofobia.shtml Acesso em: 20 de Dez. 2015.

TOLIPAN, H. Absurdo! De Silas Malafaia no "De Frente com Gabi"'Amo Gays como Amo Bandidos'. Jornal do Brasil. Disponível em: http://www.jb.com.br/heloisa- tolipan/noticias/2013/02/03/absurdo-de-silas-Malafaia-no-de-frente-com-gabi-amo-gays-como-amo-bandidos/ Acesso em 18 de Dez. 2015.

RIOS, R. R.; GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C. *Homossexualidade e Direitos Sexuais: Reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SANTOS, B. S. *Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cortez, 2014.

SHELDON, L. P. *A estratégia (The Agenda): O Plano dos Homossexuais para transformar a Sociedade.* Rio de Janeiro: Editora Central Gospel Ltda. 2012.

VERDADE GOSPEL. Disponível em: Dia Nacional de Valorização da Família. http://www.verdadegospel.com/nesta-terca-feira-pr-silas-discursara-pela-valorizacao-da-familia-confira/. Acesso em: 10 de Dez. 2015.

VITÓRIA EM CRISTO. Disponível em: http://www.vitoriaemcristo.org/_gutenweb/_site/gw-pr-silas. Acesso em 05 de Dez. 2015.

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: VALIDADE E LIMITES SUBJETIVOS

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

1 INTRODUÇÃO

O negócio jurídico processual atípico é uma grande inovação do CPC de 2015, seja no sentido objetivo das possibilidades trazidas pelo art. 190, seja pelo significado emprestado por doutrinadores que o apontam como exemplo de uma mudança do eixo do direito processual do plano publicístico para o privatístico.

Se a indiscutível ampliação do papel atribuído às partes no processo efetivamente importa ou não em um deslocamento do eixo central do direito processual – do que se discorda – outrossim, é inegável a transformação trazida no direito adjetivo pela reestruturação de institutos como o NJP, dadas as possibilidades inauguradas com a nova dimensão alcançada pela redação do art. 190 do CPC/15.

Um aspecto destaca-se pelo atrito entre divergentes concepções doutrinárias exatamente por representar visões opostas do direito processual civil e da própria natureza do instituto: limites subjetivos do negócio jurídico processual, notadamente para o magistrado que dele não participou.

A relevância do tema resulta de representar um encontro inelástico entre diferentes compreensões do sistema de direito processual atual: uma cita o art. 190 como prova da opção por um direito processual privativista, coroada com a submissão do Judiciário à vontade das partes no contrato processual; outra recusa a possibilidade do negócio entre as partes subordinar a vontade do juiz no que extrapolar a matéria disponível para os liti-

gantes, sustentando a necessidade de manter o processo sob o eixo do direito público, ainda vinculado predominantemente à procedimentalização da vontade do Estado-Juiz e, assim, subordinado à regra da prevalência do interesse público sobre o privado, quando em conflito.

Nesta discussão percebem-se aspectos fundamentais ligados à natureza do direito processual, como a concepção de jurisdição como poder ou serviço, as garantias de acesso à justiça no plano formal e material, o próprio caráter instrumental do processo, assim como sua capacidade de efetivar o direito material.

Com efeito, ao definir se o negócio jurídico processual subscrito apenas pelas partes subordinará a vontade do Juiz em questões como instrução probatória, ônus probante, recorribilidade das decisões, efeitos dos recursos, autorização/impedimento à intervenção de terceiros, além de ampliar a participação da vontade das partes no processo, são feitas opções capazes de influir diretamente na finalidade e alcance da atividade jurisdicional, assim como na capacidade do processo judicial ser instrumento eficaz da defesa do direito material, fato ainda mais relevante em função do sistema de precedentes obrigatório ampliado a patamares inéditos pelo CPC/15.

A atividade de julgar aplicando o direito ao caso concreto criando normas jurídicas individuais dotadas de definitividade, prossegue como uma das funções essenciais do Estado, notadamente do Democrático de Direito, inclusive, como uma garantia do cidadão à efetivação das promessas do império do Direito, para a qual não é suficiente o acesso apenas formal à justiça.

No *Common Law* reconhece-se a correlação direta entre acesso substancial à justiça e efetividade do direito, assim como entre qualidade de acesso e segurança jurídica (objetivo de todo sistema jurídico). Mais evidente no "direito dos tribunais", a relação entre garantias processuais e eficácia do ordenamento, não é difícil o *Civil Law* compreender a importância da norma individual (sentença) para a efetividade dos direitos, assim como a dependência desta de um processo eficiente na análise dos fatos e controvérsias jurídicas postas ao exame judicial.

Porém, mesmo reconhecida na doutrina do *Common Law* a existência de aspectos públicos das normas processuais como pontuam Kevin Davis e Helen Hershkoff (DAVIS, HERSHKOFF, 2015, p. 152), avança entre os doutrinadores brasileiros a concepção de que o direito processual passa

por um processo de privatização alinhado com um momento histórico.

A diversidade de objetos do negócio jurídico processual atípico, mesmo a argumentação admitindo analogia, recomenda a escolha de um tema, opção feita pela matéria probatória. Assim, sem deixar de analisar outros aspectos da questão, o foco é verificar se os negócios jurídicos processuais particulares válidos em matéria probatória podem, ou devem, submeter o Juízo sem comprometer a jurisdição.

2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO: VALIDADE E EFICÁCIA

O NJP não surge no CPC/15, tinha previsão no CPC/73, como, por exemplo, na eleição de foro (CPC/73, art. 111) e na distribuição de ônus da prova (CPC/73, art. 333, par. ún.) e em leis ordinárias, como no compromisso arbitral e na cláusula compromissória (Lei 9.307/96, art. 3º). Novidade é a dimensão conferida pelo art. 190, alargando os limites dos NJP´s ampliando o espectro de temas disponíveis à autonomia privada. A opção pela expressão "direitos que admitam autocomposição", em lugar da tradicional "direitos disponíveis", revela a intenção de abrir um campo maior para alteração procedimental "às especificidades da causa", havendo direitos indisponíveis que admitem composição, como os alimentos.

O texto viabiliza às partes convencionar, antes ou no processo, pactos sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. No particular é preciso registrar: **a)** já existia no CPC/73 previsão legal da possibilidade das partes redistribuírem o ônus da prova (CPC/73, art. 333, par. ún.); **b)** é certo o direito de, por ato de vontade, abrir mão de poderes e faculdades processuais que titularize; **c)** os deveres processuais não são passíveis de eliminação por atos de vontade dos obrigados.

Esta última observação merece destaque, pois a previsão da estipulação de convenção sobre deveres processuais, precisa ser interpretada coerentemente com o sistema, admitindo-se apenas a negociação de formas de cumprir os deveres, jamais a desoneração dos obrigados. Não é possível, portanto, dispor por meio de negócio processual dispensando qualquer das partes dos deveres previstos no art. 77 do CPC/15, como expor os fatos conforme a verdade (CPC/15, art. 77, I), de litigar de boa-fé (CPC/15, art. 5º) ou cooperar com a solução da demanda (CPC, art. 6º),

mas é lícito estipular formas específicas de cumprir as obrigações legais, como prever o saneamento cooperativo (CPC/15, art. 357, §3º).

Ressalve-se a previsão (CPC/15, art. 190, par. ún.) de controle de validade do negócio pelo juiz, que poderá afastar a aplicação nos casos de **a)** nulidade; **b)** inserção abusiva em contrato de adesão e; **c)** uma parte se encontrar em situação de vulnerabilidade. O controle de validade é cogente, sendo dever do juiz verificar a incidência de uma das causas de invalidade da convenção processual. A análise de validez está restrita àquelas hipóteses, não obstante a amplitude da verificação das nulidades.

A nulidade dos negócios jurídicos ocorre, segundo o art. 166 do Código Civil, quando: **a)** celebrado por pessoa absolutamente incapaz; **b)** for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; **c)** for ilícito o motivo determinante, comum a ambas as partes; **d)** não se revestir da forma prescrita em lei; **e)** for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial; **f)** tiver por objetivo fraudar lei imperativa; **g)** a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Considerando inexistirem solenidades (CC, 166, V) ou formas (CC, 166, IV) prescritas para o negócio jurídico processual, verifica-se, excetuando as hipóteses de constatação objetiva, como as de incapacidade absoluta (CC, 166, I), objeto ilícito, impossível ou indeterminável (CC, 166, II), declaração legal de nulidade ou proibição (CC, 166, VII), que o maior desafio para o magistrado é identificar casos da motivação ilícita (CC, 166, III) ou do objetivo de fraudar lei imperativa (CC, 166, VI).

Os deveres processuais, por exemplo, resultam de normas legais cogentes, razão pela qual, como sustentado antes, qualquer negócio processual cujo objeto fosse dispensar a parte do cumprimento de um dever processual deve ser considerado nulo por visar desatender a uma lei ou norma imperativa, atraindo a aplicação conjugada do parágrafo único do art. 190 do CPC/15 com o inciso VI do art. 166 do Código Civil.

O objetivo escolhido não foi, porém, analisar casos de invalidade dos negócios jurídicos processuais, mas examinar os limites das convenções válidas, notadamente o limite subjetivo em relação à atuação do magistrado, mas especificamente em matéria probatória. Segundo o art. 200 do CPC/15, os atos das partes produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, independentemente de análise ou homologação do Poder Judiciário, o que não elide o dever do

juiz de declarar a nulidade do negócio quando ocorrer alguma das hipóteses do parágrafo único do art. 190.

A doutrina tem encontrado maior facilidade – que não se confunde com unanimidade – para traçar fronteiras objetivas do negócio jurídico processual, como nos casos elencados por Leonardo Carneiro da Cunha, para quem não poderiam ser objeto do NJP: dispensa da fundamentação das decisões, afastamento do princípio da publicidade, modificação de competência absoluta, dispensa de reexame necessário ou da intervenção do Ministério Público, criação de nova espécie recursal (CUNHA, 2015, 59). Já os limites subjetivos, notadamente com relação aos efeitos sobre os poderes do juiz, ensejam maior e mais profundo debate.

A questão, assim, é qual a coercitividade sobre o magistrado de negócios jurídicos processuais válidos em relação à restrições a seus poderes e deveres em questões de prova. Há doutrinadores de escol defendendo a possibilidade de as partes terem poderes para delimitarem, por ato de vontade, a instrução probatória (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, p. 91), (NOGUEIRA, 2015, p. 92), assim como sustentando o inverso (MARINONI, 2015, 111).

A relevância da discussão para compreensão do sistema do CPC/15, assim como para uma análise substantiva dos princípios do devido processo legal e da instrumentalidade recomenda seu exame.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VÁLIDO E SEUS LIMITES SUBJETIVOS.

O negócio jurídico processual é espécie do gênero negócio jurídico, e, válido, produzirá os efeitos que lhe são próprios, alterando o patrimônio jurídico dos contratantes, criando, modificando ou extinguindo direitos processuais e não podendo ter sua aplicabilidade afastada pelo magistrado.

Desta compreensão, entretanto, parte da doutrina tem extraído a conclusão de que as convenções processuais válidas, resultante da declaração de vontade das partes, são vinculantes também para o magistrado, de forma a impedir que um juiz determine a produção de provas das quais tenham declinado as partes como leciona Fredie Didier Jr.:

> A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária [...]

> Nesses casos, poderia o juiz, com base no art. 370 do CPC, determinar, ainda assim, a produção da prova?
>
> Parece-nos que não.
>
> Tem-se aí típico exemplo de negócio jurídico processual – unilateral, quando a manifestação de vontade vem de apenas uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo a dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras do ônus da prova." (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª. Ed. Salvador: JusPodivum, 2015ª, pp. 90-91)

Já para Luiz Guilherme Marinoni as partes não podem acordar sobre o exercício de poderes do juiz por afronta seja do devido processo legal, seja da soberania estatal:

> É claro que não é possível às partes, no entanto, acordar a respeito do exercício dos poderes do juiz – seria claramente afrontoso à cláusula que prevê o direito ao processo justo, devidamente conduzido pelo juiz, emprestar validade a acordos sobre o exercício de poderes ligados ao exercício da própria soberania estatal no processo. É por essa razão que, [...] tem o juiz de controlar a validade dos acordos à luz do direito fundamental ao processo justo – do contrário, "*o processo estatal corre o risco de se converter em uma simples marionete de interesses quiçá inconfessáveis, transformando-se a Justiça Civil e a pretensão de justiça a ela inerente em um pálido teatro em cujo palco representa-se tudo em detrimento de uma decisão justa fundada na verdade dos fatos*." (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil,** volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 111).

Os limites subjetivos das convenções processuais em relação ao juiz, embora comportem uma análise de sua correlação com a jurisdição enquanto poder – do Estado – e direito – dos cidadãos - e com os princípios que lhe são inerentes, também desafiam uma compreensão à luz do direito material. Antes é necessário revisitar como a vontade das partes se torna fonte de direitos e obrigações, em especial para os particulares.

O Estado Democrático de Direito traduz-se sinteticamente na submissão de todos à norma jurídica (de direito) resultante do exercício legítimo do poder (democracia). O governo das leis em substituição ao governo dos homens, é erigido com base em duas legalidades opostas e complementares: a legalidade estrita à qual se submete o Estado, autorizado a agir somente nos termos previamente delimitados pela norma e; a legalidade liberdade a regular os particulares vedando apenas a conduta proibida por lei.

No *Civil Law* o arcabouço desta lei resulta inicialmente um conjunto sistêmico de normas gerais e hipotéticas que elencam os fatos, atos e negócios jurídicos capazes de produzir efeitos no patrimônio jurídico de cada sujeito. Estas normas, por serem gerais e hipotéticas, não se consubstanciam em direitos objetivos concretos sem a incidência por meio da qual operam no plano dos direitos subjetivos. Por força da legalidade estrita, o Estado somente atua mediante prévia autorização legal e nos limites que a norma prevê, ao que comumente se chama de competência jurídico-administrativa do órgão ou ente estatal. A vontade do Estado, assim, é a vontade da lei, pois as pessoas que ocupam os cargos de representação e de presentação do Estado somente o fazem para a cumprir.

O particular, podendo fazer tudo o que não lhe for vedado por lei, tem também o poder de criar normas individuais a partir de sua própria vontade, realizando um dos objetivos da revolução francesa, a liberdade de viver segundo as próprias leis, gerais (quando oriundas dos representantes do povo) ou individuais (quando resultantes da autonomia privada).

Enquanto o servo da gleba vivia segundo as leis de seu senhor, o cidadão livre vive de acordo com as regras criadas por si. A autonomia privada era estandarte da liberdade. O *pacta sunt servanda* surgira como expressão da liberdade cidadã. Esta liberdade e este poder conferido ao cidadão para criar o contrato com força de "lei entre as partes", todavia, partindo da autonomia da vontade, sempre se submeteu aos limites subjetivos do ne-

gócio, sendo certo que os direitos e obrigações originados de um negócio jurídico produzem efeitos apenas para os signatários. A força obrigatória dos contratos vincula pela vontade aqueles que a manifestaram.

A partir desta premissa básica do direito privado é possível concluir que o negócio jurídico processual celebrado entre pessoas, apenas obriga os partícipes, não sendo oponível contra terceiro. Assim, não poderão afetar o patrimônio jurídico processual de partes não signatárias, terceiros, advogados, Ministério Público e, por muito mais razões, o Estado-Juiz.

Em um processo plúrimo, se dois convencionam reduzir prazos, tal redução não se aplica aos demais. A renúncia ao prazo recursal ou a desistência do recurso interposto pela parte não afeta o direito de terceiro recorrer no prazo definido em lei (inclusive o terceiro à relação jurídica processual).

As partes não podem dispor sobre os honorários de sucumbência, sem a aquiescência dos advogados que os titularizam ou titularizarão. O Ministério Público, atuando como parte ou *custos legis*, não se vincula às convenções celebradas pelas partes sem sua participação. Dados estes exemplos, como não concluir no sentido de que o pacto celebrado entre as partes sem o Juiz não é capaz de submeter sua vontade?

Com efeito, o primeiro argumento contrário à ideia das partes poderem dispor sobre direitos e deveres do Estado-Juiz, vinculando-o a um negócio do qual não participou ou anuiu advém da natureza jurídica e da essência dos próprios negócios jurídicos: não obrigam aqueles que não participam, exatamente por originarem-se da autonomia da vontade, a exigir a manifestação individual e livre de tal vontade para o surgimento do vínculo jurídico.

Subsiste uma relação direta entre os limites subjetivos e os limites objetivos dos negócios jurídicos, pois, ao cingir a validade e eficácia dos pactos particulares aos subscritores ratifica-se automaticamente a premissa de que estão disponíveis para negociação pelos interessados apenas os direitos sobre os quais detém o direito de disposição.

De fato, o indivíduo somente pode contratar estabelecendo obrigações na esfera de seu próprio plexo de direitos, visto que não é dado a alguém transigir, criar, modificar ou extinguir obrigações de outrem sem autorização legal ou do titular. Assim se é permitido à parte abrir mão de seus direitos processuais resta evidente que não poderá afetar os direitos

titularizados por outros, notadamente o juiz da causa, vinculado por outra ordem de direitos e obrigações à relação jurídica processual. A parte pode desistir de produzir provas, mas não pode eliminar o direito/dever do magistrado ter as provas necessárias para formar seu convencimento.

4 LIMITES DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: JURISDIÇÃO

A jurisdição é função essencial, desde a tripartição universalizada por Montesquieu, é poder na qualidade de potência, força capaz de impor sujeição, ainda que legítima, mas, pelo lado do cidadão, é um direito em si e uma garantia dos direitos materiais que, sob a ótica do usuário de um serviço público essencial, se realiza como um dever do Estado-Juiz. Nisto se diferencia da jurisdição privada (arbitragem) que, inobstante seus efeitos jurídicos quanto à produção de normas individuais dotadas de definitividade, caracteriza-se como um serviço, submetendo-se, por conta disto, à outra ordem de princípios. De fato, a jurisdição pública, por ser ação do Estado, submete-se ao regime de direito público e à legalidade estrita que lhe é peculiar, assim como à condições de legitimidade e compromissos com sua finalidade que determinam diretamente a atividade judicante.

O cidadão, conforme o princípio da ubiquidade (CF, art. 5º, XXXV; CPC/15, art. 3º), tem o direito de levar ao Judiciário suas demandas para elidir lesões ou ameaças aos direitos que crê titularizar, mas esta garantia não se esgota na provocação da jurisdição, pois inclui o direito a ter suas demandas procedimentalizadas segundo o devido processo e apreciadas mediante suficiente fundamentação, requisitos da legitimidade do ato. Mais, a decisão há de ser comprometida com a realização do direito no plano concreto. A jurisdição não é um fim em si mesma, é um caminho para a integridade do ordenamento, seja para as partes (limites subjetivos da coisa julgada), seja para a sociedade, para qual a decisão previne e educa, efeito ampliado agora por formar precedente obrigatório. De fato, tal e qual a impunidade criminal repercute na conduta social, o resultado da jurisdição civil, trabalhista e eleitoral impacta diretamente na eficácia social do ordenamento, influenciando, a depender do resultado obtido, condutas conforme o direito ou contrárias a ele. Assim, não obstantes os efeitos da decisão judicial sobre o patrimônio jurídico individual estejam

adstritos aos limites subjetivos da coisa julgada (as partes), toda a sociedade tem interesse, no julgamento de cada ação.

Não bastasse isso, o CPC/15 traz a possibilidade, dado o sistema de precedentes obrigatórios, das decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário (apenas do Judiciário) determinarem os julgamentos futuros ratificando a correlação da atividade jurisdicional com o direito material e o interesse de toda a sociedade na produção de decisões legitimadas pelo devido processo legal. O sistema de precedentes reforça o caráter público da jurisdição estatal, revestindo de interesse geral a atividade jurisdicional, afastando-a de uma concepção privativista na qual o interesse do Estado-Juiz se subordinaria ao dos litigantes. O poder de gerar efeitos vinculantes em casos análogos elide a possibilidade de atos de vontade da parte sobre direitos processuais dos quais não sejam titulares exclusivos subordinarem a vontade do magistrado com relação aos próprios direitos, interesses e deveres.

O aspecto da atividade judicante constituir um direito dos litigantes no qual está inserido o direito ao devido processo, mas também a uma decisão fundamentada, o juiz tem o direito – e o dever – de valer-se de todos os elementos para formar seu convencimento e proferir uma sentença capaz de efetivamente entregar às partes e à sociedade o direito no caso concreto. A instrução probatória é um interesse da Jurisdição. Este legítimo interesse do magistrado não pode se subordinar a vontade dos litigantes, ficando, por exemplo, impedido de produzir provas por um meio que considere apto e útil por renúncia das partes. A importância para a sociedade da produção judicial de normas individuais e gerais (por meio dos precedentes) não condiz com a submissão do juiz à vontade das partes, ainda que expressada validamente em um negócio jurídico processual. Neste caso, sem prejuízo da validade e eficácia do negócio entre os signatários, seus termos não poderiam suplantar os poderes-deveres do magistrado com relação a qualquer aspecto de sua atividade judicante, inclusive quanto à produção probatória necessária ao fiel cumprimento do dever de julgar.

A jurisdição pretendida pelo Estado Democrático de Direito é a um só tempo atividade (do juiz), poder (do Estado), direito (do cidadão), dever (do Judiciário) e se encontra adstrita – quanto ao alcance de sua finalidade precípua – à capacidade do órgão julgador formar adequadamen-

te seu convencimento sobre as controvérsias fáticas e jurídicas postas, as primeiras vinculadas à qualidade da prova. Daí não poder estar ao talante exclusivo das partes a decisão sobre questões probatórias, muito menos de maneira a subordinar os deveres de fundamentação do julgador a uma escassez de provas oriunda de uma restrição resultante da vontade das partes. A relevância social, jurídica e política do poder/dever de declarar o direito não estão disponíveis para os litigantes, nem antes, nem durante o processo.

5 LIMITES DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: PROVAS

A prova tem correlação com a verdade, visa trazer aos autos o substrato fático necessário à decisão (solucionando a divergência das narrativas) e, excepcionalmente, dirige-se à prova do direito (estrangeiro, consuetudinário, estadual ou municipal, quando controvertido – CPC/15, art. 376). Na esmagadora maioria das vezes a instrução probatória busca formar o convencimento do julgador sobre os fatos relevantes para sua decisão, até porque a regra de incidência pressupõe se debruçar sobre um fato e se não há certeza do fato, não há como pronunciar o direito, como diz brocardo latino "*da mihi factum, dabo tibi jus*".

O direito não é logicamente deduzido dos fatos como ocorre nas ciências naturais duras, não é isso que se quer dizer, pois a dicção do direito desafia operações de inteligência mais complexas e sofisticadas. O ponto é outro: sem o fato não é possível fazer operações racionais sobre a incidência da norma, daí a importância da instrução probatória para a atividade jurisdicional. A verdade meramente formal alcança a distribuição da justiça. A decisão fundada no ônus da prova atende, em nome da pacificação dos conflitos, ao princípio do *non liquet*, mas sacrifica a finalidade primordial da jurisdição e, com isso, a segurança jurídica em sua substância. O ordenamento deve ser cumprido, pois a razão da validade é a eficácia.

Não se pretende sustentar pertencer o direito à lógica formal do ser, mas realçar que a função atribuída ao direito de acomodar expectativas requer o reconhecimento de que a segurança jurídica pressupõe que os resultados encontrados sejam os resultados esperados, o que não é asse-

gurado, quiçá provável, sem ciência dos fatos. A atribuição conferida aos julgadores de aplicar o direito ao caso concreto, pondo fim à controvérsia realizando a promessa (dever-ser) inserida no ordenamento ratifica a relevância da instrução probatória. Os fatos são matéria prima da jurisdição, descobrir a verdade é uma questão central do direito e do processo.

Mesmo o pensamento positivista de Hans Kelsen descrevia a decisão judicial como um ato dotado de discricionariedade cujo fundamento de validade era uma norma de competência, superando a concepção de Poder Judiciário invisível e nulo de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996, 172) e admitindo na natureza constitutiva (criadora) da norma individual originada da sentença, antes mesmo dela assumir a importância atual, não há como insistir em negar a relevância de propiciar as condições necessárias para o juiz formar seu convencimento sobre os fatos, antes mesmo de analisar o direito, razão pela qual o compromisso em encontrar-se a verdade passa a ser "*um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo*" (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 244) em função do que o direito à prova é um direito fundamental (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 41) (MARINONI, 2015a, 504) das partes em juízo inclusive previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro (CF, ART. 5º, §3º), como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678-9, no seu art.8º e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n º 592/92, no seu art. 14.1, alínea "e".

O CPC/15 propõe a busca da verdade: **a)** partes e procuradores expor os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I); **b)** alterar a verdade é litigar de má-fé (art. 80, II); **c)** multa pela litigância de má-fé ampliada (art. 81); **d)** reduz efeitos da revelia quando os fatos narrados forem inverossímeis (art. 345, IV); **e)** preserva direito do revel à provas (art. 349); **f)** dever do juiz buscar a "*maior efetividade à tutela do direito*" vinculado a poder de alterar a ordem de produção da prova (art. 139, VI).

Considerando o processo como instrumento de realização do direito, assim como sua dependência da análise dos fatos, para ser capaz de devolver à própria sociedade, a verdade do direito, não é possível colocar o direito das partes à prova em um patamar superior ao direito/poder/dever do magistrado de a produzir se necessária ao seu convencimento. A parte

tem o direito de influir eficazmente na convicção do juiz (CPC/15, art. 369), direito do qual, sendo titular, pode dispor, mas tem os deveres de expor os fatos conforme a verdade (CPC/15, 77, I) e colaborar com o Poder Judiciário no descobrimento da verdade (CPC/15, art. 378).

Deveres não estão disponíveis para as partes se esquivarem deles. O direito subjetivo insere-se no conjunto de bens disponíveis, mas o cumprimento do dever é ato plenamente vinculado. Para o juiz, todo ato praticável *ex officio* caracteriza-se como um dever, dado ser de ordem e interesse públicos. Neste sentido, ao juiz cabe determinas as provas necessárias (CPC/15, art. 370), apreciá-las indicando as razões do seu convencimento (CPC/15, art. 371) e analisar fundamentadamente as questões de fato e de direito (CPC/15, art. 489, II), sendo, todas estes, deveres, inafastáveis e indelegáveis por definição e princípio. A autonomia da vontade exige vontade livre para ser fonte de normas, o juiz não a tem para não cumprir dever de ofício.

Desta forma, decisão justa, convergente com o papel da jurisdição no direito e na sociedade, deve buscar reduzir ao máximo, se possível eliminar, a distância entre a verdade real e a formal, sob pena do processo transformar-se de instrumento de concretização do ordenamento em meio para sua negação. Este objetivo não se coaduna com a prevalência da vontade dos litigantes sobre a do juiz em matéria de instrução probatória.

6 CONCLUSÕES

Do quanto desenvolvido no artigo, propõe-se como conclusões: **1)** O negócio jurídico processual deve ter sua validade analisada de ofício pelo Juiz da causa, sendo esta afastada apenas nas hipóteses do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015; **2)** A validade do negócio jurídico processual não implica em sua eficácia plena para além do patrimônio jurídico dos subscritores nem sua oponibilidade contra quem dele não participou; **3)** O princípio de direito material segundo o qual o contrato cria lei entre as partes é o primeiro fundamento para confirmar limites subjetivos às convenções processuais válidas, restringindo sua eficácia aos signatários cujas vontades foram manifestadas, daí seus termos não serem oponíveis contra terceiros não partícipes do pacto, sejam outras partes, advogados, o *Parquet*, ou, mais ainda, o juiz; **4)** A finalidade da

função jurisdicional no Estado Democrático de Direito vincula a ação do Judiciário à busca da verdade real, sem a qual se frustram as normas fundamentais do processo inscritas nos artigos 1º e 8º do CPC/15; **5)** Os direitos das partes em juízo, ampliados pelo CPC/15 não podem ser alçados à mesma categoria dos poderes do magistrado na condução do processo, não apenas pela distinção entre as respectivas naturezas jurídicas, mas, acima de tudo, pela diferença dos papéis sociais e jurídicos da postulação e da jurisdição; **6)** Cada um destes fatores enseja a conclusão no sentido da convenção processual celebrada pelas partes em matéria probatória, ainda que válida e eficaz entre os signatários, não ser capaz de submeter o direito/dever do magistrado dispor dos meios de prova para formar seu convencimento, premissa necessária e suficiente a que seja capaz de desincumbir-se da missão conferida pelo ordenamento de dizer e fazer valer o direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Francisco Bertino. Verdade, Novo Código de processo civil e a regra da carga probatória dinâmica. *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, Madri, 2015.

_____. Verdade, Direito e Processo. *XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, Maringá, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

DAVIS, Kevin E., HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015a, v.1.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015b, v.2

GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. *In*: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Bredè e. *O espírito das leis.* Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. *Revista de Processo*. Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 75/87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. Veritá e processo. *Revista de Processo*. Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 63/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. Verdade negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 8, vol. XIII, jan/jun de 2014, p. 634-657. Rio de Janeiro, http://www.e-publicacoes.uerj.br/

index.php/redp/article/view/11928/9340, capturado na internet em 30.05.2019, 2014.c.

YARSHELL, Flávio Luiz. Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo. *In*: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

RACISMO AMBIENTAL NO SEIO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: INVISIBILIDADE INDÍGENA.

Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto
Thaisa Carvalho Batista Franco de Moura

INTRODUÇÃO

A política ambiental no Brasil foi impulsionada a partir da década de 1980, com destaque para a obrigatoriedade do estudo prévio de impacto ambiental e o licenciamento, imprescindíveis, por exemplo, na aprovação de obras de construção de usinas hidrelétricas. Na prática, porém, os processos de implantação desses empreendimentos têm revelado situações de desrespeito às normas protetivas do meio ambiente e das populações atingidas, em função da sobreposição de interesses econômicos, desconsiderando a completude das informações necessárias, que abranjam todos os aspectos envolvidos, benefícios, impactos e riscos ao meio ambiente e à sociedade, de maneira a investigar a viabilidade da obra.

Quando se trata de comunidades indígenas, o tema se apresenta ainda mais complexo, dadas as diferenças étnicas dentro do mesmo caso concreto, os ranços da sociedade colonialista que considera a terra como mero objeto de exploração, a partir do conceito de propriedade, e a invisibilidade sofrida por esses povos quando essencial sua participação na tomada de decisões.

Nesse cenário, será tratado como objeto central deste trabalho o racismo ambiental contra os povos indígenas no contexto do licenciamento

de usinas hidrelétricas no Brasil, contrariando normas constitucionais e infraconstitucionais, partindo da premissa que, em função da raça, são submetidos a aceitar a degradação de seus ambientes.

1. Breve síntese das hidrelétricas brasileiras sob o prisma dos povos indígenas.

O Brasil está entre os maiores produtores de energia elétrica do mundo. Segundo a ANEEL (2019), são no total **7.439** (sete mil, quatrocentos e trinta e nove) empreendimentos em operação, totalizando **164.831.210** kW de potência instalada. Inegavelmente os benefícios existem, entretanto os impactos, não só no meio físico, tem trazido às pessoas que moram no entorno das obras consequências graves e de difícil reparação, além do fato de sozinhas suportarem os danos de um empreendimento que serve a todo o restante do país.

A construção das usinas andam na contramão da preservação do meio ambiente, a medida que são consideradas uma das maiores causadoras de impacto sob a fauna e flora. À título de exemplo, de acordo com Medeiros (2009, p. 167-173) a construção da usina de Belo Monte criará impactos significativos sobre a biodiversidade da região, tanto pela introdução de espécies aquáticas de outras regiões, decorrente da quebra de barreiras geográficas, como pela perda de ambientes resultantes da variação anual no nível do rio na área do reservatório, além de impactos sobre outros ecossistemas.

Não menos importantes, os problemas sociais advindos dessas obras refletem principalmente nas comunidades de baixa renda e/ou comunidades indígenas, dos quais podemos citar de maneira geral e não taxativa, perda do nível de água disponível, devido ao represamento, o que ocasiona problemas de tráfego e morte dos animais aquáticos, desencadeando grave desequilíbrio ecológico, com aumento de pragas e proliferação de doenças, fome, exclusão social, pobreza, falta de recursos básicos para sobrevivência, inundação de terras tradicionais e deslocamento compulsório. Sem falar na representação da terra dentro da cosmologia indígena, tudo destruído em nome dos benefícios energéticos para uma parcela da população.

Além disso, ao prever a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora

de significativa degradação ambiental, bem como o dever de se dar publicidade a esse estudo (artigo 225, § 1º, IV), a Constituição da República, complementada pela legislação infraconstitucional, buscou a informação e participação nas decisões, abrangendo todos os impactos possíveis, diretos e indiretos. Mas o que se verifica é que esses estudos não mencionam aspectos negativos cruciais ao ecossistema da região e a dignidade humana das populações diretamente envolvidas ou simplesmente as mascaram ou as tratam como se inexistentes fossem.

Sob essa ótica, como ressalta Campos e Silva (2012, p.12) "os atingidos não encontram qualquer visibilidade, a não ser pelo processo de criminalização e marginalização que os coloca na condição de obstáculos ao progresso".

2. Proteção normativa dos direitos indígenas nos processos de licenciamento ambiental.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira no Brasil a tratar dos direitos indígenas, caracterizando-os como silvícolas e abarcando questões territoriais e de promoção de uma política indigenista.

As duas Constituições seguintes mantiveram a linha de direitos, com o reconhecimento e respeito aos territórios indígenas, seu usufruto aos recursos naturais e a manutenção em seu espaço, sem qualquer ameaça de transferência para outra localidade. Porém, foi a Carta Magna atual que introduziu um capítulo inteiro sobre os índios, agora considerados como tais. A partir daí, ganharam o direito de identificação de seus costumes e tradições, bem como de ocuparem suas terras tradicionais e demarcá-las de acordo com seu posicionamento e suas crenças.

O artigo 231 da Constituição Federal esboça o reconhecimento e proteção dos direitos dos índios, notadamente no que concerne à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, além de determinar a proteção dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos povos indígenas e destinar a posse permanente das terras originariamente ocupadas, cabendo aos índios usufruírem dos recursos nelas disponíveis.

Em 1981, como medida para o estabelecimento de uma gestão ambiental compartilhada, foi editada a Política Nacional do Meio Ambiente,

recurso legal orientador do relacionamento homem-natureza, focado nos processos impactantes e modificadores do aspecto natural do ambiente. Neste ínterim foi criado, para impulsionar um desenvolvimento sustentável no Brasil, o licenciamento ambiental. A priori, os procecimentos estabelecidos nesta política serviriam para resguardar o meio ambiente natural e também os interesses das populações que seriam atingidas pela construção de empreendimentos, incluindo os provos indígenas, com medidas mitigadoras e compensatórias, por meio de estudos de impactos ambientais e audiências públicas.

Ademais, a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Rio-92, trouxe à tona a valorização da questão socioambiental, com destaque para a temática protetiva de direitos indígenas, das comunidades tradicionais e dos quilombolas.

Especificamente no bojo do licenciamento ambiental, preceitua a Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no corpo de seu artigo 7º, a necessidade de consulta prévia dos povos indígenas, de maneira a resguardar "a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições", representando uma condição de procedibilidade em casos de impactos decorrentes de empreendimentos que afetem diretamente as terras que tradicionalmente ocupam (SILVEIRA, 2015, p.215).

A Convenção n.169 da OIT é até hoje o documento mais importante quanto se trata da regulamentação e proteção das comunidades tradicionais. O Brasil ratificou a Convenção de 2002, tendo vigência no território brasileiro em 2004, quando foi incorporada.

Ainda sob a proteção das normas jurídicas brasileiras, de forma implícita, o princípio da igualdade material garante o reconhecimento e respeito a determinado povo, orientado pelos critérios de gênero, orientação sexual, raça e etnia e sua concretização requer a adoção de medidas de enfrentamentos dos preconceitos e padrões discriminatórios arraigados na sociedade. A concepção do Estado Brasileiro é, considerada a ordem jurídica e a democracia, não ignorar as minorias e respeitá-las no momento das decisões políticas.

1.1 Inefetividade da proteção aos indígenas nos processos de licenciamento ambiental.

Em razão da ineficiência do Estado em cumprir a legislação protetiva dos direitos indígenas, a construção de hidrelétricas, notadamente na região amazônica, tem representado o desrespeito a direitos humanos das comunidades locais e potencializado danos socioambientais, por vezes de proporções irreversíveis. Ainda que supostamente defendidos por legislação específica, povos indígenas têm historicamente uma relação conturbada com grupos econômicos privados e até estatais, marcada por processos de expropriação territorial, restrição do acesso aos recursos naturais, violência, coerção e desconsideração de sua cultura.

A ausência de participação direta de grupos sociais afetados e a desqualificação de seus saberes como forma legítima de conhecer e expressar a realidade revelam a forma de privilégio de determinados grupos e interesses em detrimento de outros e a invisibilidade sofrida pelos indígenas. Esta questão é tratada por Silveira (2010, p.30-31) no momento em que relata que "essas minorias invisíveis, portanto, não tiveram alternativa: ou adotam o sistema dominante da constituição e se veem oprimidos por uma diversa cultura do egoísmo, ou resistem heroicamente às investidas da política de homogeneidade patrocinada pelo liberalismo estatal".

Os processos de licenciamento ambiental para construção das hidrelétricas no Brasil realizados até hoje mostram a expropriação e violação de direitos dos índios, fazendo prevalecer o *modus operandi* das grandes empresas de energia, à revelia das populações diretamente atingidas pelos impactos socioambientais destes projetos.

De maneira geral poder-se-ia citar consequências como do represamento: rebaixamento do nível de água disponível para as terras indígenas, ocasionando problemas de tráfego e morte dos animais aquáticos, o que desencadeia um grave desequilíbrio ecológico, com aumento de pragas e proliferação de doenças. Não menos importante, fome, exclusão social, pobreza, falta de recursos básicos para sua sobrevivência e inundação de terras tradicionais com o deslocamento dos povos.

3. Racismo ambiental.

Racismo é a forma pela qual desqualificamos o outro e o anulamos como não semelhante (HERCULANO e PACHECO, 2006, p.22). A expressão "racismo ambiental" foi criada em meados da década de 80, nos Estados Unidos, quando negros estadunidenses começaram a tratar da luta por ambientes ecologicamente equilibrados como uma extensão dos reclames por justiça social e de um apelo para o fim do racismo institucionalizado. (SOUZA, 2015, p. 29).

Deste modo, o racismo ambiental se estrutura a partir do conceito tradicional do termo e não se restringe a cor, abrangendo também quesitos como renda e etnicidade, por exemplo, consequência de uma sociedade hierarquizada sob a estrutura de valores econômicos e políticos que ignoram o sentido da cultura diversificada dos povos. Como explicam ainda Herculano e Pacheco (2006, p.21), "etnias não se resumem a um tom de pele ou a tipos físicos, mas a uma forma de vida, sobretudo". É o se reflete perante às comunidades indígenas, neste trabalho em especial, envolvendo o licenciamento, construção e funcionamento de usinas hidrelétricas.

Geralmente, grupos dependentes e fracos politicamente, sem voz e com pouca ou nenhuma representação, são alvos de processos discriminatórios, obrigados a suportar um ônus demasiado para beneficiar supostamente uma parcela da população mais "relevante", garantindo o "interesse público". Isso afeta de forma expressiva, por vezes, irreversível determinado grupo, em um confronto de proporções desiguais. Uma face obscura, em que se mascara processos de segregação, como se justos fossem, baseando no arcabouço jurídico vasto com que conta o Brasil, sem todavia expor sua inefetividade. Assim, a viabilização dessa atribuição desigual dos riscos encontra-se na suposta fraqueza política dos grupos sociais residentes nas áreas de destino das instalações perigosas (ACSELRAD, 2004, p. 26)

Como ressalta Souza (2015, p.24) "definir ambientes que indivíduos e grupos de indivíduos poderá dispor significa exercer o controle sobre os corpos dos mesmos", isto é, a medida em que determinado grupo econômico impõe o deslocamento compulsório de outro grupo social, desconsiderando as normas de proteção dos direitos destes, valendo-se da vulnerabilidade e utilizando-se de critério conferidor de identidade (neste caso para garantir a exclusão), está-se tratando de racismo ambiental.

3.1. Racismo ambiental e as comunidades indígenas.

Tão importante quanto a preservação ambiental é a garantia dos direitos e o respeito às formas de diversidade das sociedades nacionais. No caso da construção e operação das usinas hidrelétricas, as comunidades indígenas (e não só elas, mas também os ribeirinhos) sofrem com a falta de representatividade no planejamento territorial. O racismo ambiental neste caso significa o extermínio da cultura, valores e tradições das populações tradicionais.

Nesse sentido, ressalta Souza (2015, p.32) que o alargamento da noção de ambiente propiciou ainda mais o entendimento de racismo ambiental, considerando a ideia de lugar onde as pessoas moram, trabalham, aprendem, se divertem e cultuam suas divindades.

Nesta órbita, conclui-se pela noção de ambiente e natureza como um conjunto do qual o ser humano faz parte, realiza suas atividades, retira seu alimento, finca suas raízes e desenvolve sua espiritualidade de acordo com suas crenças, seguindo o pensamento de Arendt (2014, p. 254) quando diverge da expressão "dominar a natureza", elucidando a ideia de que o homem é natureza, não havendo uma raça superior para assim fazê-lo. Segue explicando que "a ideia Natureza-objeto *versus* Homem-sujeito, que prevalece entre nós, parece ignorar que a palavra sujeito comporta mais de um significado: sujeito quase sempre é entendido como ser ativo, ser dono do seu destino. Todavia, o termo pode também indicar ser ou estar sujeito (submetido) a determinadas circunstâncias."

Dessa forma, o racismo ambiental acomete também os grupos indígenas, minoria social discriminada que, por se organizarem segundo parâmetros próprios, diferentes dos que se costuma seguir na sociedade, são relegados a aceitar coercitivamente os comandos da política brasileira.

Ao se tratar do objeto de estudo deste artigo, qual seja, os processos de licenciamento ambiental que claramente consagram o racismo ambiental perante os povos indígenas, poder-se-ia apelar à normativa da desapropriação, citando o interesse público e estabelecendo a justa, previa e em dinheiro indenização. Entretanto, em se tratando de terras indígenas, de modo de vida e organização diferentes daquilo que tratamos como lei e justiça dentro do ordenamento jurídico brasileiro, convém esclarecer as particularidades socioculturais em questão.

Os significados das expressões "terra" e/ou "território são diversas, do ponto de vista homem/índio. A cultura do povo dito civilizado vem, desde Locke (2010, p.141), defender a ideia de propriedade individual, a partir do momento em que aquele indivíduo transforma a terra com seu próprio trabalho e assim, legitima seu direito a ela. Assim, os povos indígenas transcendem a questão de propriedade individual tanto discutida no licenciamento ambiental.

O que ocorre nos processos de construção das hidrelétricas é a saída compulsória de povos indígenas de seus territórios tradicionais, por meio de ações que ignoraram direito humanos básicos. Nesse sentido, se pode depreender o racismo ambiental desvelado contra os povos indígenas, como elucida Acselrad (2004, p. 32) "(...) forçar os sujeitos menos móveis a aceitar a degradação de seus ambientes ou submeterem-se a um deslocamento forçado para liberar ambientes favoráveis para os empreendimentos". Significa dizer que o modelo atual de licenciamento ambiental concentra seus benefícios, principalmente financeiros, para setores da sociedade que vivem em outras regiões do país (em especial Sul e Sudeste), enquanto que a população da Amazônia é obrigada a suportar os impactos relacionados a esses empreendimentos, com destaque para os povos indígenas, que enfrentam alterações mais radicais no seu modo de vida. Vale ressaltar, que tais obras promovem mudanças no curso dos rios, ocasionando a desterritorialização, expulsão sumária ou diminuição das reservas já existentes e impossibilitando a manutenção de suas tradições, seus meios de vida e sua própria subsistência.

Sendo assim, e se o racismo, faz tempo, deixou de ser aceito deixou de ser aceito como uma teoria científica, ele continua plenamente atuante, enquanto ideologia social, na poderosa "teoria do senso comum", aquela que age perversamente no silêncio e na conivência do dia a dia. A escravidão nos legou uma sociedade autoritária, a qual tratamos de reproduzir em termos modernos. Uma sociedade acostumada com hierarquias de mando, que usa de uma determinada história mítica do passado para justificar o presente, e que lida muito mal com a ideia da igualdade na divisão de deveres, mas dos direitos também Schwarcz (2019, p.35-36).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Constituição Federal de 1988, foi observada uma série de avanços em termos de direitos de povos indígenas, notadamente quanto

ao reconhecimento e à valorização da diversidade cultural e à garantia de direitos territoriais.

Contudo, como demonstrado neste trabalho, no caso de construção e operação de usinas hidrelétricas, é de fácil verificação as ações que caracterizam um racismo ambiental em desfavor dos indígenas, na medida em que seus modos de vida são intensamente vulneráveis aos impactos ambientais e sociais desencadeados por representarem grupos sociais vulneráveis. Tais desordens representam uma ameaça à reprodução cultural, à integridade e bem-estar físico dessas populações, dada interdependência entre suas condições de existência e os territórios tradicionalmente ocupados.

De forma geral, os indígenas são a parte da população etnicamente excluída, que suportam os prejuízos socioambientais frutos da construção das hidrelétricas no Brasil.

A falta de efetividade das normas jurídicas protetivas dos direitos indígenas favorece este racismo ambiental, à medida que se utiliza de uma verdadeira institucionalização da discriminação, por meio da sobreposição dos interesses econômicos sobre o modo de vida de organização das minorias, isto é, leis e diretrizes existem, porém são desrespeitadas, não apenas nos processos de instalação de grandes empreendimentos, mas em diversas formas de relação entre Estado, sociedade civil e esses grupos.

É necessário reforçar a concretização das normativas, ampliar a visibilidade dos povos indígenas e fortalecer o acesso à informação e participação nesses processos.

REFERÊNCIAS

ACSERARD, Henri. Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. HERCULANO, S., PÁDUA, J.A. (orgs). In.: ***Justiça Ambiental e Cidadania.*** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 11ª. Edição, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

CAMPOS, Sanny Rodrigues Moreira; SILVA, Vicente de Paulo da. **A efetividade do estudo de impacto ambiental e do licenciamento em projetos de usinas hidrelétricas**. Uberlândia, v. 13, n. 41 mar/2012 p. 1 – 14. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/16368/9163. Acesso: 11 de junho de 2019.

HERCULANO, Selene; PACHECO, Tania. **Racismo ambiental.** I Seminário Brasileiro sobre Racismo Ambiental. Rio de Janeiro: Projeto Brasil Sustentável e Democrático: FASE, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** São Paulo: Martin Claret, 2010.

MEDEIROS, *Hermes Fonseca.* **Avaliação de Impactos do Projeto de Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte Sobre a Vida Selvagem, Incluindo Implicações Socioeconômicas**. *In: Painel de Especialistas: Análise Crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. 2009. Disponível em <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf%20%20>. Acesso em 16 de junho de 2019.*

OIT. **Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br. Acesso em: 18 de junho de 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1 ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Terra indígena, meio ambiente e defesa nacional** – direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010

SOUZA, Arivaldo Santos de. **Direito e racismo ambiental na diáspora africana: promoção da justiça ambiental através do direito**. Salvador: EDUFBA, 2015.

A INFLUÊNCIA DA PÓS-VERDADE E DA MODERNIDADE LÍQUIDA NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Johnattan Martins Pinheiro
Denison Melo de Aguiar
Adriana Almeida Lima

1. INTRODUÇÃO

A relação entre Pós verdade, Modernidade Líquida e a resolução consensual de conflitos estabelece-se em um contexto de entraves à resolução autocompositiva de conflitos. A pós verdade e a modernidade líquida são fenômenos que fomentam a individualização e o egocentrismo em todas os núcleos sociais gerando um cenário propício à querelas e pleitos judiciais. Isto posto, é diáfano considerar a pós verdade como um catalisador de contendas e por conseguinte, um óbice ao paradigma da cultura de paz buscada pela constituição de 1988 e o Código Civil de 2015.

O objetivo deste artigo é analisar a influência dos fenômenos pós verdade e modernidade líquida no estabelecimento dos métodos autocompositivos fomentados pelo CPC. Ambas as situações são reais tanto no Brasil quanto no mundo. Dessa forma, esta relação evidencia uma realidade jurídico-social complexa na sociedade contemporânea.

Esta pesquisa é socialmente relevante pois com o Código novel fica mais patente os entraves as expectativas do *mein legis* advindas do modelo pós verdade.

A metodologia utilizada foi a pesquisa teórica-bibliográfica e documental. Teve-se como gênese a pesquisa bibliográfica sobre a modernidade líquida e pós verdade, centrando-se em seus conceitos e peculiaridades para descrever a relação entre ambas. Em segundo momento, fora realizado uma pesquisa teórica-bibliográfica sobre o CPC/2015 e seu paradigma de resolução consensual de conflitos. O Brasil é um país de proporções continentais e é o lar das mais diversas culturas co-existem, sendo um berço perfeito para a análise dos efeitos dos fenômenos.

Dessa forma, neste artigo questiona-se o seguinte: Como o fenômeno da pós verdade dentro de uma leitura jurídico-social pode afetar eficácia dos meios autocompositivos de resolução de conflitos? Qual o perfil da pós-verdade no sistema jurídico brasileiro? Principalmente a influência dos dois fenômenos de maneira individualizada nos sujeitos celulares da sociedade e seu reflexo no conjunto social. Tratando-se, neste artigo, sobre a influência da pós verdade e modernidade líquida no fomento à resolução precoce e efetiva dos conflitos, sob a égide da pacificação social.

2. PÓS-VERDADE

A pós-verdade é um elemento que vem se mostrando-se determinante, tanto na resolução de conflitos quanto em sua criação. Anualmente, a *Oxford Dictionary,* departamento da Universidade de Oxford compelido a editoração dos dicionários em inglês, elege um termo na língua inglesa como palavra do ano. Em 2016 o termo selecionado foi "pós-verdade", *post-truth.*

Pós verdade é um temo utilizado para descrever um momento em que "as circunstâncias em que os fatos objetivos tem menos influência para moldar a opinião pública do que os apelos à crenças e emoções pessoais" (OXFORD, 2016). Desde então esse substantivo se tornou um termo elegante de cunho filosófico para se referir a mentira que ascende da consagrada linguagem rebuscada dos discursos tecnocráticos, de políticos, empresários e funcionários públicos, utilizada afim de mascarar um fato que poderia ser dito de maneira franca, clara e direta, em outras palavras a manipulação de informações, a mentira bem elaborada.

Dois fatos que viralizaram o uso corrente desse termo foram as eleições de Donald Trump e o BREXIT, a saída do Reino Unido da União

Europeia. No primeiro, Donald Trump, o "The wizard of fake news" (UNIVISIONNEWS,2017), utilizou-se de maneira massificada do recurso da *fake News* contra seus adversários. De forma que independentemente da posição política, todos os mentirosos são brutalmente iguais. Todos, Augusto Pinochet ou Fidel Castro, sem exceção violavam direitos humanos, matavam seus próprios cidadãos, tomaram e manteram o poder através da violência e ardis, empurrando notícias falsas para manterem o controle do Estado. Por isso as mentiras de Trump não são surpreendentes, são as mesmas de políticos anteriores. O horizonte de eventos está no fato de ele haver-se utilizado das mídias sociais para espalhá-las como se um vírus fosse (RAMOS, 2017):

No segundo, uma das principais causas do BREXIT, foi a informação falsa espalhada pelos americanos que o Reino Unido perderia 470 milhões de dólares por semana enquanto estivessem atrelados a União Europeia (ROSE, 2017). Isto posto, mostra-se inequívoco a afirmativa de que o povo dá mais atenção ao sensacionalismo que aos fatos *per si*.

E como é de se esperar de uma doença infeciosa (KUCHARSKI,2016), a pós-verdade tomou carona nas hemácias da modernidade líquida, onde o essencial é o movimento das informações não importando sua veracidade ou conveniência (BAUMAN,1999), e transmitiu-se pelas veias da globalização até chegar ao Brasil, tornando-se mister uma análise de seus efeitos, pois não se trata de um problema de países subdesenvolvidos mas sim de uma mazela global, que vem mostrando-se semelhantes aos do Reino Unido e Estados Unidos(SOUZA,2017 e TARDÁGUILA, 2018).

O Código de processo Civil de 2015 embora tenha trago consigo o paradigma da resolução consensual de conflitos, percebe-se que a cultura de paz ainda se mantém como uma utopia (BAUMAN, 2001 e 2007). Uma vez que embora os meios autocompositivos sejam, sem dúvida alguma, bem mais eficazes do que o método litigioso, pois ao invés de buscar resolver a lide resolve o conflito em sua raiz, constitucionalmente instituído (BRASIL, 1988 e 2015), apenas uma pequena parcela das querelas são efetivamente resolvidas consensualmente, levando a uma disruptura com a expectativa do legislador e concomitantemente da própria sociedade, pois, como pode-se utilizar um meio autocompositivo, que exige confiança mútua das partes, em uma sociedade cheia individualismo e desconfiança.

3. MODERNIDADE LIQUÍDA

O fenômeno da modernidade líquida, patenteado por Zygmunt Bauman afirma que diferente dos sólidos, os líquidos são maleáveis, contornam obstáculos ou até mesmo dissolve-os. E essas características passam agora para a sociedade, liquefazendo-a. Uma sociedade líquida é aquela onde suas instituições, crenças, costumes e até mesmo pessoas perderam suas características formadoras. Assim como os líquidos, não possuem formas definida, a menor força é suficiente para deformá-la. Todas as influências, quer sejam internas e externas, deformam o liquefeito material estruturante da sociedade de modo que tudo o que é construído sobre ele, sua superestrutura, deve ser maleável como o seu alicerce, infraestrutura (BAUMAN,2005).

Sem a higidez necessária, no ambiente fluido, não há como saber se o que advém é uma enchente ou uma seca, é imperioso sempre possuir planos de contingência para as mais diversas situações. Vive-se constantemente na iminência do colapso das estruturas sócias, jurídicas e econômicas. Pois elas não são capazes de aguentar, por muito tempo, os fluidos da sociedade tornando-se, em uma questão de tempo, encharcadas e decompostas (BAUMAN,2005).

Líderes respeitados, uma época, em outra serão ridicularizados, ignorados e desprezados; celebridades serão olvidadas; ídolos formadores de tendências só serão lembrados como vultos a muito ultrapassados; novidades consideradas preciosas são atiradas em silos de esquecimento; causas eternas são descartadas por outras *neoeternas*; poderes indestrutíveis se esfacelarão e se dissiparão, importantes organizações políticas ou econômicas serão engolidas por outras ainda mais poderosas ou simplesmente desaparecerão; capitais sólidos se transformarão no capital de todos; carreiras vitalícias promissoras mostrarão ser becos sem saída.(BAUMAN,2005)

Chegou-se a um momento da história da humanidade que as mudanças, a sociedade se tornou tão líquida, se tornam tão rápidas que os seres humanos não mais conseguem acompanha-las, não há tempo de digeri--las. Apenas se recebe informação sem verificar sua procedência, não há tempo para isso. E a globalização, que antes acreditava-se ser a tocha do conhecimento que afugentaria as trevas da desinformação trouxe um problema diferente embora com o mesmo resultado, a luz foi tamanha que ofuscou os mortais tornando-os cegos.

Em um ambiente carregado de incertezas, sem valores ou instituições sólidas, como em O Fortuna (ORFF,1936):

> *Rota tu volubilis, Status malus, Vana salus Semper dissolubilis, Obumbrata Et velata Michi quoque niteris; Nunc per ludum Dorsum nudum Fero tui sceleris.* (Tu, roda volúvel. És má, Vã é a felicidade Sempre dissolúvel, Nebulosa E velada Também a mim contagias; Agora por brincadeira O dorso nu Entrego à tua perversidade/ tradução livre).

Estando a sociedade ao passo de concretizar a profecia de (BAUDRILLARD,2007) quando afirmou que da mesma forma que as sociedades primitivas foram totalmente devastadas pela explosão de suas instituições por não haverem sabido controlar o ritmo implosivo. Da mesma forma as culturas atuais começaram a ser obliteradas pela implosão de sus instituições por não terem sabido controlar e equilibrar o processo explosivo dos meios de informação (BAUDRILLARD,2007).

De modo que, através da evolução informacional, a sociedade encontra-se no horizonte de eventos da ruptura de suas relações sociais e concomitantemente da própria civilização ocidental. Pois sem um ponto sólido para se fulcrar, nada pode ser construído.

Por conta disso, a saída foi criar uma cultura iconoclasta (BAUDRILLARD,2003), no sentido de que os signos tomariam o lugar dos antigos princípios sociais, culturais e até mesmo morais. Vivemos em um período de pseudo acontecimentos que são um conjunto de eventos, histórias, culturas, e de ideias produzidas, não a partir da dialética experiência móvel, contraditória e real, mas produzidas como artefatos a partir dos elementos do código e da manipulação técnica do meio de comunicação. É este fato e mais nenhum outro que define toda a significação (BAUDRILLARD,2003)

> Vivemos desta maneira ao abrigo dos signos e na recusa do real. Segurança miraculosa: ao contemplarmos as imagens do mundo, quem distinguirá esta breve irrupção da realidade do prazer profundo de nela não participar. A imagem, o signo, a mensagem, tudo o que consumimos, é a própria tranquilidade selada pela distância ao mundo e que ilude, mais do que compromete, a alusão violenta do real.

Ocorre uma inversão dos papéis sociais, anteriormente o longínquo, o estrangeiro, era visto como ameaçador. Agora, o próximo, o conterrâneo, é visto como a ameaça suprema.

4.O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A pacificação social é a estrela *Polaris*, a estrela mais brilhante da constelação da Ursa Menor. Com o decorrer dos séculos vem sendo usada para nortear os navegantes, também conhecida como estrela do norte. Utilizada nesse artigo como o norte, o guia, o objetivo, do Código de Processo Civil de 2015, tanto que em sua exposição de motivos vemos que:

> Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (BRASIL,2015).

O Poder Judiciário quando foi criado, nunca teve como objetivo o seu livre acesso. Somente com suas ondas renovatórias que o acesso à justiça se tornou holístico (LIMA, 2015), no entanto o número de processo era/é maior que o aporte do judiciário, o que impede que os casos realmente sejam analisados e bem resolvidos. O judiciário começou a transmutar-se em protocolo de contendas.

Para burlar esse futuro miserável, foi criado diversos institutos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Assunção de competência, Súmulas vinculantes. Mas a pedra angular do verdadeiro acesso à justiça é a solução consensual de conflitos. Somente ela é capaz de resolver o conflito entre as pessoas e não *inter partes,* é salutar destacar a diferença entre a resolução entre pessoas e *inter partes.* No primeiro vemos sanado o conflito em si, todo o liame beligerante é dissolvido restando a satisfação da decisão. No segundo há somente o fim da relação processual, todavia as maças douradas de Éris continuam a ser comidas pelos ex-re-

querido e ex-requerente, nas palavras do Conselho Nacional das Instituições de mediação e Arbitragem (CONIMA):

> Um processo não adversarial e voluntário de resolução de controvérsias por intermédio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas. Para isso,recorrem a um terceiro facilitador, o mediador – especialista imparcial, competente, diligente, com credibilidade e comprometido com o sigilo; que estimule, viabilize a comunicação e auxilie na busca da identificação dos reais interesses envolvidos.

Desse modo, para um caso específico é necessária uma solução específica. As leis são criações abstratas em que o juiz moldará ao caso concreto. Todavia as leis estatuídas pelos representantes do povo não consideram os interesses do povo *lato sensu,* mas sim dos seus instituidores. O objeto é o todo, mas este é visto de maneira específica não levando em consideração as divisões do todo (ROUSSEAU,2013).

Ou seja, as leis são carregadas, desde sua gênese, das experiências de vida do legislador. Isso não é ruim, todavia não é sempre que a vivência do *mein legis* acasalará com o caso concreto. Neste ponto torna-se mais consciente que nunca as os objetivos das leis possuem uma estreita correspondência com o temperamento dos homens que desenvolvem o sistema (KELSEN,2016). Em dias de meios de conflitos em massa, ainda é necessário soluções personalizadas.

5.A EXPLOSÃO DA INFORMAÇÃO E A IMPLOSÃO DA PESSOA

Desde o *boom* das mídias sociais entre os anos 2000 à 2004 (COWORKERS,2011 e D'AQUINO, 2012) vivemos um surto de informações falsas. Todavia, esse fenômeno não é novo, na verdade tem como sua gênese os famigerados trotes telefônicos. Mostrando, portanto, que o problema não está nas novas tecnologias, mas sim na acessibilidade as informações e a sua disseminação sem controle.

Como o evento das mídias sociais é contagiante, de modo quanto mais pessoas, perto e alguém, utilizando-as maior é a probabilidade que

outros comecem a usá-las (KIMURA, BASCO e MARTIN. 2007). Era mera questão de tempo até que não houvesse controle sobre a grande onda digital e suas consequências.

É fisicamente impossível que alguém possua 1.000.000 de amigos, pois é necessário tempo para a criação de vínculos verdadeiros, o que sem dúvida alguma não ocorre, pois cada vez mais o tempo é escasso e clama-se como o Dr. Fausto para que o tempo não passe e possa gozar da eternidade (GOETHE,2016), mas como isso não é possível. É necessário reduzir a qualidade dos relacionamentos em prol de sua quantidade (BAUMAN, BAUDRILLARD, 2001 e 2009) de modo que para suprir a necessidade de ser visto e chamar a atenção o ser humano utiliza-se de todo os ardis para galgar esse fim.

E é nesse interim, com a Glocalização, um fenômeno comunicacional de (con) fusões em cadeia que, numa síntese intelectiva, admite ser assim expresso: um bunker de acoplamento corporal e simbólico imaginário entre ser humano e máquina processado no lugar de acesso como ambivalência representativa do contexto local e umbilicalmente vinculado aos conteúdos da rede como dimensão representativa do universo global. (TRIVINHO, 2007), sendo a interseção entre o global e o local, um limbo entre a esfera privada e a esfera pública. Tal situação traz à gênese dois fenômenos que colaboram para o distanciamento dos indivíduos, bem como para a incapacidade, dos métodos autocompositivos. Gerando uma resistência a aceitar ideias adversas: as bolhas virtuais e a lógica do distanciamento do indivíduo frente aos acontecimentos.

6.BOLHAS VIRTUAIS

As bolhas virtuais são um fenômeno que consiste em uma personalização das informações de modo a isolar o indivíduo em uma espécie de redoma onde apenas é apresentado a informações e pessoas que compartilham de interesses comuns (TRIVINHO,2012) multipolarizando cada vez mais as relações e de maneira a criar uma espécie de aversão xenofóbica em seus integrantes ao se deparar com indivíduos ou ideias diferentes das quais estão acostumados. Assim sendo, a criação feita para aproximar aqueles que estão longe acaba separando aqueles que estão perto. E o pior de tudo, mesmo que exista dados sólidos comprovando que suas infor-

mações são infundadas, o apelo as emoções é mais forte dos que os fatos objetivos.

Ocorre um processo chamado de lógica da personalização, similar e contemporânea da naturalização, funcionalização ou culturalização. Podendo ser definido, segundo a análise histórica monopolista industrial, como o fator que extingue as diferenças reais dos seres humanos ao torna-los homogêneos com os produtos. Inaugurando, mesmo que paradoxalmente, o império da diferenciação. Situação deveras similar com as ocorridas em movimentos religiosos e sociais por via reflexa do impulso original cria-se movimentos que dizem ser diferentes do seu predecessor, mas na verdade tem as mesmas características. Ocorrendo a perda das diferenças é instituído o culto as diferenças (BAUDRILLARD,2009).

Uma vez que há igualdade entre as pessoas diante dos objetos, a diferença é transferida para a significação dos mesmos, os quais criam uma profunda hierarquia oculta entre os homens (BAUDRILLARD,2009). A tolerância significa moralmente a relatividade generalizada das funções relativas aos signos dos objetos, dos signos dos seres com os signos das relações e das ideias signos(BAUDRILLARD,2009)

Por consequência, é disseminado um discurso sobre tolerância, todavia essa "tolerância" é seguida por um pensamento retrógado de inflexibilidade ante as inovações culturais, políticas, sociais, religiosas e até mesmo jurídicas. Tornando a sociedade pluricultural um sonho de uma noite de verão. Dado que o nível do tolerável encontra-se pré definido em uma personalidade combinatória (BAURILLARD,2009) onde pode-se variar até um determinado ponto dentro da M.D.M (Menor Diferença Marginal) para continuar ostentando todas as insígnias da nobreza informacional.

7.O DISTANCIAMENTO DO INDIVÍDUO FRENTE AOS ACONTECIMENTOS

Nas palavras de BAUDRILLARD (2009):

> As comunicações de massas não nos fornecem a realidade, mas a vertigem da realidade. Ou, então, mas sem jogo de palavras, uma realidade sem vertigem, porque o coração da Amazônia, o coração

> do real, o coração da paixão, o coração da guerra, este coração que é o lugar geométrico das comunicações em massa e que desperta a sua sentimentalidade vertiginosa, é onde precisamente nada se passa. É signo alegórico da paixão e do acontecimento, e os signos constituem fatores de segurança.

Vive-se no mundo físico somente porque haja vista não ser possível desencarnar-se e transferir-se para a *web*, todavia o fato é que a revolução informacional aproximou o mundo, pode-se saber o que acontece no Havaí, ao mesmo tempo que se tem consciência as notícias em tempo real sobre as eleições israelenses. Todas as informações estão ao alcance e, infelizmente, submergem a humanidade em uma onda de catástrofes, escândalos miséria e dor, como diz um ditado popular, "notícias ruins chegam rápido". Mas o ser humano odeia a dor, ele é hedonista, seu maior objetivo é buscar o prazer e repudiar a dor (BENTHAM e MILL, 1979 e 2000).

Utiliza-se do afastamento social para cauterizar-se da dor advinda da informação. A estratégia mais comum que usa-se para isolar-se de tanto sofrimento é a massificação. Para evitar a dor, visualiza-se os que sofrem como massas sem rosto, e não como indivíduos (WADE,2006).

A sociedade se divide em dois mundos, o primeiro onde tudo é cosmopolita e extraterritorial, todas as fronteiras foram derrubadas. Já o segundo, os muros da imigração, as leis de residência e a tolerância zero aumentam cada vez mais a distância da qualidade de vida e o poço das diferenças vira o abismo dos sonhos perdidos (BAUMAN,1999).

E é nesse segundo mundo que a maioria da sociedade vive, de feitio que só consegue-se ser espectadores do primeiro mundo. Isto posto, vem os olimpianos do primeiro mundo com admiração e veneração. Tudo o que eles falam é rapidamente considerado verdade, pois os grandes porta vozes dessas "divindades", televisão, *whatsapp*, *instagram*, *twitter*, são considerados irrepreensíveis.

Neste ponto volta-se a ânsia humana por atenção, seu ego inflamado. Já os habitantes do primeiro mundo, se vem como deuses que necessitam da atenção e da adoração dos mortais. Por isso utilizam-se de todos os ardis possíveis é assim como o Rei Ezequias:

> alegrou-se com eles e lhes mostrou sua casa do tesouro, com sua prata, ouro, especiarias e óleos finos, as especiarias raras, bem como todo o seu arsenal, tudo o que se encontrava em seus tesouros. Nada houve de valor em sua Casa real ou em todo o seu reino que Ezequias não lhes mostrasse (TANAH,2018).

Todavia, a vida é um constante oscilação entre a ânsia de obter e o tédio de possuir (SCHOPENAUER,2001) e chega-se ao momento em que apenas o *glamour* da vida no primeiro mundo não é suficiente para segurar a atenção do segundo mundo, à vista disso é necessário aumentar o lustre das notícias, em outras palavras deve-se mentir ou, se quiser utilizar-se de um termo tecnocrático, sensacionalizar, para manter a audiência e obter os cobiçados *likes*, dizer a verdade não é o suficiente para galgar a fortuna, sempre é necessário algo espetacular (ROUSSEAU,2014). E nesse mundo de plástico, onde gasta-se o que não se tem para comprar algo que não se precisa para impressionar a quem não se gosta (FIGHT CLUB,1999), deseja-se iniciar uma cultura de paz onde nem a cultura e nem a paz estão presentes.

8. *SCIENTIA POTETIA EST*

A situação da sociedade pós-moderna é um acorde errado na grande sinfonia erigida pelo Código de Processo Civil. O problema é que até agora tem se buscado as soluções em um lugar onde não se pode achar. Este é que se tentar fazer com que a ciência cumpra uma tarefa que não lhe foi designada. Se fossem problemas científicos ou tecnológicos, os problemas da humanidade, já estariam resolvidos há muito tempo, pois o ser humano é realmente bom nisso. O cerne da questão encontra-se no fato de os piores problemas da sociedade contemporânea não serem de natureza científica, e sim moral. Ao pensar brevemente em qual dos grandes problemas que oprimem a sociedade hoje não ser de ordem moral a resposta vem claramente, todos são. (WADE,2006)

Não adianta criar um Código com a mais avançada técnica jurídica se o problema não é jurídico, é moral/social, estaremos como um paciente, diagnosticado com tuberculose ingerindo medicamentos para hepatite. Assim como um construtor antes de dar forma a sua criação deve analisar

minuciosamente onde irá erguê-la, os legisladores não devem criar leis de forma leviana, mesmo que sejam boas. Pois mesmo leis boas podem tornar-se ruins caso os destinatários das mesmas não estejam preparados para recebê-las. Deve-se buscar criar um ordenamento jurídico condizente com aqueles que viverão sob sua égide. (ROUSSEAU,2014).

Antes de criar quaisquer leis, deve-se colocar o dedo no pulso da sociedade e aferir a sua pressão, para que sejam criadas não apenas boas leis, mas sim leis que se coadunem com o *momentum* social. De modo que para verdadeiramente galgar ao fim do Código, a cultura de paz, a pacificação social, é necessário antes de criar um costume de resolução alternativa, cultivar a cultura da confiança.

O horizonte de eventos da situação é a confiança, ela exauriu-se totalmente do quadro global. Desconfia-se de tudo, do que se come, do Governo, da indústria, das pessoas que estão ao redor. Tudo isso porque vive-se rodeado de mentiras.

Isto posto, a única forma de combater este miasma é com o seu único antídoto, a verdade. E ela só pode ser obtida através da disseminação do conhecimento e não simplesmente da informação. Isso se dá por conta de a comunicação em massas ser o oposto da cultura do saber. Uma vez que a acessibilidade participativa não é nada mais que uma liturgia ou código formal cuidadosamente esvaziado de todo o seu conteúdo, todo o seu sentido de modo que a informação seja disseminada, mas seu conteúdo, a parte mais importante, fique encoberta diante dos olhos de todos (BAUDRILLARD,1999 e 2007).

Desde a alvorada da humanidade o conhecimento sempre foi o instrumento de controle de do poder, sempre envolto em mistérios, não é para menos que os sábios da Babilônia e Pérsia eram chamados de Magi, palavra que deu origem a mago (PINTO,2019). E esse conhecimento sempre foi ocultado do povo. Todavia hoje, conhecimento esteja há um clique de distância das pessoas. Essa facilidade em vez de ajudar atrapalha pois, como a quantidade de informação é vasta, tende-se a automatizá-la buscando apenas dados pré-definidos os quais fazem o mundo cair em diversas bolhas virtuais já comentadas anteriormente, catalisadores da intolerância latente da humanidade.

Scientia potentia est (conhecimento é poder) para os romanos, γνωθι σεαυτόν (conhece-te, a ti mesmo) na Grécia Antiga, שִׁיאִו; זוֹעַב מָכָח-רֶבֶג-

חֹב-עֻמאֲמ, תַעַד (O homem sábio é forte, e o homem de conhecimento consolida a força.)para os hebreus e "conhecereis a verdade e a verdade vos libertará" para os cristãos. Em todos os lugares, em todas as épocas uma frase ecoa o conhecimento é a chave. Essa é a única peça que falta para perpetuar a cultura de paz pois, "transparência e reciprocidade das relações sociais é o que funda a confiança...levando-os a viver a abundância em plena fome" (BAUDRILLARD,1999 e 2007). Não adianta simplesmente confiar na promessa do Código de Processo Civil de 2015, a resolução consensual de conflitos, deve-se criá-la todos os dias até que pudesse afirmar viver em uma nação de sábios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa análise da Modernidade Líquida e Pós-Verdade, retorna-se ao problema: "Como se pode interpretar o fenômeno da pós- verdade dentro de uma leitura jurídico-social e como isso afeta a eficácia dos meios autocompositivos de resolução de conflitos? E de fácil cognoscência que o fenômeno conhecido como pós verdade tornou-se uma linda fachada para uma situação ainda mais antiga, a mentira branca, e isso é notório em todos os meios sociais. Todavia os defensores da pós-verdade não a consideram uma mentira, mas uma nova situação na qual durante a criação e a formação da opinião pública, os fatos objetivos tem menor influência do que os apelos às emoções e às crenças pessoais (OXFORD,2016). Trata-se da relativização da verdade e da banalização dos danos objetivos e da supremacia do discurso acalorado pelo apelo emocional.

A psicologia explica a mentira como um mecanismo de defesa, a sociologia a retrata como uma busca pelo poder e a filosofia como uma mazela da imperfeição humana (SARAIVA, ANDRADE;2017). As palavras produzem ondas superficiais e profundas na mente, provocando uma série infinita de reações em cadeia, implicando sons e imagens, em um movimento que afeta a experiência e a memória, complicando o efeito de que a mente não assiste passiva a representação, mas intervêm continuamente, para aceitar, negar, destruir ou construir (RODARI, 1982)

Por conseguinte, em uma sociedade multicultural onde os conflitos já são naturalmente complexos, a pós verdade maximiza seus efeitos, embrutece-se ainda mais uma sociedade já hirta. À vista disso, embora o

objetivo e a técnica do CPC de 2015 sejam louváveis os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC/2015 tornar-se-ão letra morta enquanto durar o império da pós verdade. Pois a mesma torna impossível, mesmo que com os melhores argumentos e com danos objetivos, fazer alguém pensar fora da sua zona de conforto, ou melhor dizendo de sua bolha sócio-virtual.

Assim, cabe ao Estado em conjunto com a sociedade civil o estímulo à alteridade, e a efetiva resolução de conflitos e não de lides. De modo que a figura do mediador torna-se cada vez mais necessária para estimular o diálogo e a análise dos fatos objetivos do conflito, situação esse capaz de estourar de uma vez por todas as bolhas virtuais em que a sociedade de segregou.

Pois somente focando as forças no verdadeiro inimigo, a desinformação e a manipulação de informações via *fake News* que acendem os fogos da intolerância poder-se-á libertar o mundo da *cyberfofoca,* palavra que vem de um dialeto africano, da região da Angola, na África. Lá a palavra *fuka* significa revolver, remexer, ação que remete a pessoas que remexem no lixo em busca de algo de valor (SARAIVA e ANDRADE; 2017). Fazendo com que não somente crie-se pontes entre pessoas que estejam à quilômetros de distância, mas principalmente não existam muros entre aqueles que estão próximos.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean - **A sociedade de consumo.** 3ª ed. São Paulo: Almeina Brasil, 2009. ISBN 972441521X.

_____ - **In the shadow of the silente majorites**. 2ª ed. California: Semiotext, 2007. ISBN 158-4350-38-5.

BAUMAN, Zygmunt - **Cultura da Convergência.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001. ISBN 85-765-7084-X.

_____ - **Globalização:** as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. ISBN 857-1104-95-6.

_____ - **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. ISBN 857-1105-98-7.

_____ - **Tempos líquidos.** Rio de Janeiro: Zahar, 2007. ISBN 857-1109-93-1.

BENTHAM, Jeremy **- Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. ISBN 851-3002-20-8.

BRASIL - **Constituição da República Federativa.** 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____ - **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**.[Em linha]. Verbo Jurídico [Consult. 17 Jun. 2019] Disponível em: http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf.

_____ - **Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Lei da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6oda Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. [Consult. 17 Jun. 2019] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

CONIMA - **Regulamento modelo mediação.** [Em linha]. [Consult. 17 Jun. 2019] Disponível em: http://www.conima.org.br/regula_modmed.

D'AQUINO, Fernando - **A história das redes sociais :** como tudo começou.[Em linha]. Techmundo. [Consul. 25. Jun. 2019] Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm.

DICIONÁRIO - **Oxford Advanced Learner's Dictionary**. Oxford University Press. Oxford. 2016. ISBN 978-0-19-479880-8.

FRIDLIN, Jairo; GORODOVITS, David - **Tanah completo hebraico e português:** Baseado no Codex de Allepo. São Paulo: Sêfer. 2018. ISBN 857-9310-77-6.

FURTADO, Helton - A evolução das mídias sociais. [Em linha]. **Coworkers Full Digital**. [Consult. 25 Jun. 2019] Disponível em: https://coworkers.com.br/a-evolucao-das-midias-sociais/.

GOETHE, Johann Wolfgang Von - **Fausto.** Tradução de Agostinho Ornellas. São Paulo: Martin Claret. 2016. ISBN 850-4011-62-3.

KELSEN, Hans - **Teoria geral do direito e do Estado.** 5ed.São Paulo: Martins Fontes. 2016. ISBN 853-3621-45-0.

KIMURA, Herbert. BASSO, Leonardo Fernando Cruz. MARTIN, Diógenes Manoel Leiva - Redes sociais e o marketing de inovações. **Revista de administração Mackenzie**. 9:1 (2008), p157-181. [Consult. 25 Jun. 2019]. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ram/v9n1/a08v9n1.

KUCHARSKI, Adam - **Study epidemiology of fake News**. Nature Publishing Group, a division of Macmillan Publishers Limited. All Rights Reserved. [Em linha]. 540:525 (2016). [Consult. 16 Jun. 2019] Disponível em: https://doi.org/10.1038/540525a. ISSN 1476-4687

LIMA, Fernando Antônio Negreiros - **Teoria geral do processo judicial,** 2ed. São Paulo: Atlas. 2015. ISBN 852-2492-82-4

MILL, John Stuart - **O utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2000. ISBN 856-5042-39-1

ORFF, Carl - **O Fortuna.** Carmina Burana: Cantiones profanæ, cantoribus et choris cantandæ, comitantibus instrumentis atque imaginibus magicis. 1937. Disponível em : https://www.youtube.com/watch?v=GXFSK0ogeg4 Acesso em: 29 set. 2019.

PINTO, Tales dos Santos - **Zoroastrismo, a religião dos antigos persas** [Em linha]**.** *Brasil Escola*. [Consult. 29 Set. 2019]. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/mitologia/zoroastrismo-religiao-dos-antigos-persas.htm.

RODARI, Gianni - **A gramática da fantasia.** 7ª ed. São Paulo: Summus Editorial. 1982. ISBN 853-2301-37-1.

ROSE, Jonathan - **Brexit, Trump e Post-Truth Politics.** Public Integrity [Em linha]. 1:9 (2017), 555-558. [Consult. 16 Jun. 2017] Disponível em: 10.1080 / 10999922.2017.1285540. ISSN 1099-9922

SARAIVA, Ivan; ANDRADE, Milton - **Sem lei não tem graça.** Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira. 2017. ISBN 978-85-345-2416-2

SCHOPENHAUER, Arthur - **O mundo como vontade e representação**. Rio de janeiro: Contraponto. 2001. ISBN 858-5910-41-0

SOUZA, Rogério Martins - **Investigando as fake news**: análise das agências fiscalizadoras de notícias falsas no Brasil. In: XXII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste–Volta Redonda. 2017.

TARDÁGUILA, Cristina - **Brasil importou o que houve de pior na eleição dos EUA e no referendo do Brexit** [Em linha]. São Paulo: LUPA.[Consult. 18 Jun. 2019] Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/24/brasil-eua-brexit-noticias-falsas/

TRIVINHO, Eugenio - **A dromocracia cibercultural:** Lógica da vida humana na civilização mediática avançada. São Paulo: Paulus. 2007. ISBN 853-4927-00-6.

_____- **Glocal**: visibilidade mediática, imaginário bunker e existência em tempo real. São Paulo: Annablume, 2012. ISBN 978-85-391-0497-0.

WADE, Loron - **Os dez mandamentos**: princípios divinos para melhoras seus relacionamentos. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira.2006. ISBN 978-85-345-1014-1.

A CELEUMA DO CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE SOBRE A NORMA JURÍDICA E "LACUNAS AXIOLÓGICAS"

Allex Jordan Oliveira Mendonça
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Larissa Campos Rubim
Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

INTRODUÇÃO

Embora se tenha percorrido um logo caminho histórico e legislativo até a abolição formal da escravatura através da Lei Imperial nº 3.353/1888 (Lei Aurea), o Brasil ainda não superou a escravidão, que hoje, embora não se mostre evidente com correntes, senzalas e castigos corporais, ainda trazem aos trabalhadores situações de indignidade e desrespeito, quando lhes expõem a condições degradantes, a jornadas exaustivas, a trabalhos forçados e ao cerceamento da liberdade por causa de dívidas contraídas com o empregador.

Devido se transvestir das mais diversas formas, não é possível taxar todas as formas de escravidão contemporânea, fazendo-se necessário, no entanto, certa amplitude na norma, a fim de abarcar um número maior das hipóteses de incidência do trabalho escravo. Porém, surgem problemáticas do ponto de vista filosófico-jurídico que merecem considerações, tais como a temática das lacunas axiológicas decorrentes da possível indeterminação do conceito jurídico.

Diante disto, a presente pesquisa propõe uma análise sobre o conceito de trabalho escravo contemporâneo, abordando de maneira de maneira filosófica a problemática da existência ou não de lacunas axiológicas quanto à sua aplicação do art. 149 do Código Penal pelo operador do direito. Traçar-se-á também, um liame deste tema com o que

se entende por norma jurídica justa, diante das inúmeras tentativas de alteração do conceito.

O artigo está divido em três partes: o primeiro tópico, uma abordagem sobre as inúmeras tentativas de mudança do conceito de trabalho escravo no brasileiro; o segundo, o que vem a ser considerada norma jurídica justa e se este artigo estaria enquadrado neste conceito e, por fim, o terceiro tópico, sobre a colmatação de lacunas axiológicas decorrentes de conceitos jurídicos indeterminados, analisando especificamente o caso do art. 149 do Código Penal.

Por fim, o método utilizado para alcançar os resultados foi o hermenêutico filosófico, com ênfase em tipo metodológico de pesquisas bibliográficas em livros, revistas, sítios eletrônicos etc., focados aos ramos da filosofia do direito, hermenêutica jurídica, direito do trabalho, direito penal, por envolver interdisciplinaridade no tema.

1 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL: TENTATIVAS DE ALTERAÇÃO DO CONCEITO

Preliminarmente, há de ressaltar no presente capítulo, que as críticas ferrenhas ao conceito de trabalho escravo acentuaram-se com a aprovação da Emenda Constitucional nº 81 de 2014, que modificou o art. 243 da Constituição da República de 1988, e, atualmente possibilita a expropriação de terras rurais e sua destinação à reforma agrária e a programa de habitação popular, como medida sancionatória, aos empregadores que fossem autuados explorando trabalhadores em situações análogas a de escravos.

Por questões de cunho político, incitadas pela bancada ruralista do Congresso Nacional, começou-se a afirmar que a mencionada emenda colocaria em risco a segurança jurídica, uma vez que não se poderia diferenciar o trabalho escravo *per si* e as irregularidades trabalhistas, diante da aplicação de um "conceito jurídico indeterminado".

O conceito trazido no artigo 149 do Código Penal utiliza termos, tais como, condições degradantes de trabalho, trabalhos forçados e jornadas exaustivas, que exigem do aplicador do direito um conhecimento muito maior do contexto fático e histórico.

É importante asseverar que historicamente, a escravidão estava ligada ao assenzalamento de negros e índios, anterior à Lei nº 3.353/1888 (Lei Áu-

rea), no entanto, na atualidade, podem se verificar as mais diversas situações, pois não se restringem às amalgamas e correntes, ou seja, à violação da liberdade de locomoção, mas às situações que coloquem em vulnerabilidade os direitos básicos dos trabalhadores e a sua dignidade, como, por exemplo, a ausência de condições básicas de alojamentos, alimentação e sanitárias.

Embora, hoje vigore um conceito bem mais definido, trazido pela Lei nº 10.803/2003, ainda há problemas de interpretação quanto à conduta do art. 149 do Código Penal, por estar o operador do direito sujeito às diversas situações passíveis de caracterização como trabalho escravo contemporâneo, que à luz do Direito Penal, impossibilitariam a correta aplicação da norma.

A suposta amplitude do conceito gerou a elaboração de Portaria nº 1.129/2017 do Ministério do Trabalho e Emprego, com o intuito de restringir o conceito. No entanto, não foi esta a primeira tentativa de redução da conceituação do trabalho escravo contemporâneo. Tanto na Câmara dos Deputados, quando no Senado Federal, há projetos de lei em tramitação que abordam esta matéria.

O Projeto de Lei nº 3.842/2012, de autoria do Deputado Moreira Mendes, filiado ao PSD/RO, também teria como escopo retirar os conceitos de condições degradantes, jornadas exaustivas e servidão por dívidas, dispondo que se considerariam para efeitos legais os serviços exigidos mediante ameaça, coação e violência; com restrição da liberdade.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013, proposto por meio do ato conjunto dos presidentes do Senado e da Câmara, teria o objetivo de limitar o conceito de redução análoga à escravidão, excluindo as jornadas exaustivas, as condições degradantes e os trabalhos forçados, devido à suposta insegurança quanto à aplicação do tipo penal do art. 149 do Código Penal, ante a aprovação da Emenda nº 81/2014.

Porém, foi com a Portaria nº 1.129/2017 – MT, que as discussões sobre a temática retomaram com maior intensidade, visto que o referido instrumento taxou os conceitos de condições análogas a de escravos, trabalho forçado, condições degradantes e jornadas exaustivas, em detrimento da tutela do bem jurídico da norma penal, qual seja a dignidade da pessoa humana e a construção histórico-legislativa.

Embora não esteja mais vigente a mencionada norma por determinação do Supremo Tribunal Federal, quando do acatamento da medida

liminar no bojo da ADPF nº 489 DF, questões como esta ainda permanecem de forma insistente no ordenamento jurídico pátrio, quando da alegação de surgimento de lacunas axiológicas, decorrentes do suposto conceito jurídico indeterminado do art. 149 do Código Penal. Ocorre que restringir o conceito hoje inserido na norma poderia acarretar serias consequências no que concerne às políticas públicas direcionadas ao combate deste mal.

Acerca desta problemática, colaciona-se trecho da decisão proferida pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, quanto à definição de trabalho escravo da referida portaria:

> [...]
>
> 10. A definição conceitual proposta na Portaria afeta as ações e políticas públicas do Estado brasileiro, no tocante ao combate ao trabalho escravo, em três dimensões: repressiva (ao repercutir nas fiscalizações procedidas pelo Ministério do Trabalho), pedagógico-preventiva (ao disciplinar a inclusão de nomes no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo) e reparativa (concessão de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado). 11. A toda evidência, tais definições conceituais, sobremodo restritivas, não se coadunam com o que exigem o ordenamento jurídico pátrio, os instrumentos internacionais celebrados pelo Brasil e a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria. (STF, 2017, p. 6)
>
> [...]
>
> 13. Como revela a evolução do direito internacional sobre o tema, a "escravidão moderna" é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. O ato de privar alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, é repudiado pela ordem constitucional, quer se faça mediante coação, quer pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno, com impacto na capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação, também significa "re-

> duzir alguém a condição análoga à de escravo". Por evidente, não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se, no entanto, a afronta aos direitos assegurados pela legislação regente do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se submetidos os trabalhadores a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes, com a privação de sua liberdade e de sua dignidade, resulta configurada, mesmo na ausência de coação direta contra a liberdade de ir e vir, hipótese de sujeição de trabalhadores a tratamento análogo ao de escravos, nos moldes do art. 149 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.803/2003. (STF, 2017, p. 8)

Longe de haver o engessamento do ordenamento jurídico com esta decisão, é oportuno expor que as eventuais alterações que o artigo 149 do Código Penal possa vir a sofrer numa situação hipotética futura, seja com a aprovação de um dos citados projetos de lei ou com o advento de outra norma ainda não prevista, interferirão diretamente, no conceito de se esta norma jurídica é justa ou injusta, diante de sua aplicação dentro de um contexto social, o que pode modificar não somente os entendimentos no âmbito trabalhista, mas também o posicionamento dos juízes da seara federal, que julgam a responsabilidade criminal para estes casos.

Diante da utilização do termo "norma jurídica justa", é importante esclarecer o que vem a ser esta norma justa, dentro do contexto da filosofia jurídica e, se o art. 149 do Código Penal ou as normas e projetos contrapostos são considerados como possuidoras desta característica.

2 MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA: NORMA JURÍDICA JUSTA OU INJUSTA?

A problemática trazida para análise neste tópico transita, preponderantemente, no campo da filosofia jurídica, sendo, portanto, necessários esclarecimentos quanto alguns institutos à compreensão deste trabalho. Assim, inicia-se realizando uma contraposição entre as teorias positivista e jusnaturalista.

É cediço que enquanto o positivismo jurídico preocupa-se com as noções de justiça e a validade da norma, para o jusnaturalismo a valida-

de da norma ficaria condiciona ao seu grau de justiça (Bobbio, 2005, p. 58/59). Dentre os expoentes destas teorias destacam-se Kelsen e Hobbes; e Kant, Aristóteles e Locke, respectivamente.

Considerando o Direito como uma ciência, o positivismo jurídico empenhar-se em deixa-lo mais próximo das demais ciências, distinguindo para isso os juízos de fato e os juízos de valor, ou seja, sua característica de avaloratividade (Bobbio, 1995, p. 135).

Diante disto, Bobbio afirma que (1995, p. 135):

> O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (...) A ciência exclui do próprio âmbito os juízo de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade.

A distinção entre estes dois juízos interfere no estabelecimento do que é justo e o que é injusto dentro de um ordenamento jurídico. Bobbio (2005, p. 46) propõe a seguinte reflexão "o problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico". Neste diapasão, questiona-se, o que é uma norma jurídica justa?

Diniz (1996, p. 28) preleciona que "a norma jurídica, às vezes, está sujeita não à decisão arbitrária do poder, mas à prudência objetiva exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se acham situados os respectivos destinatários".

Neste mesmo sentido, Eros Grau (2000, p. 178) conceitua norma jurídica como "preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico".

Assim, tal norma "[...] corresponde a necessidades de ordem de equilíbrio, de harmonia, de justiça, cujas raízes se prendem numa determinada realidade social, logo não pode ser arbitrária da imaginação humana, de fantasia do poder de que emana" (DINIZ, 1996, p. 28).

> É indubitável que a norma nasce das realidades contingentes do grupo social que tem de reger e disciplinar. *Ex facto oritur jus*, é do fato da vida do homem em sociedade, determinado por múltiplos fatores de ordem histórica, religiosa, moral, biológica, geográfica etc., que a norma jurídica nasce ou surge (DINIZ, 1996, p. 30).

Nesta senda, afirma-se então que a norma jurídica deve corresponder aos valores pregados na sociedade na busca do bem comum, não podendo aceitar uma norma dissociada disto em um ordenamento jurídico, visto que ao legislador exige-se o mínimo de coerência da análise de um fato social e sua correspondente valoração, a fim de que seja elaborada uma norma respectiva.

No entanto, é comum, no Brasil o "desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas de direito" (DINIZ, 1996, p. 30). Para exemplificar a afirmação acima, far-se-á um liame com o tema principal deste trabalho.

Sobre isto, expõe-se que o Brasil muito tem investido no combate à escravidão contemporânea, tendo, inclusive, logrado destaque a nível internacional quanto aos seus mecanismos de cumprimento às normas internacionais das quais é signatário.

Ressalta-se que o processo de abolição da escravatura desde o Brasil colônia interferiu na garantia de direitos trabalhistas no ordenamento jurídico pátrio, até que o Brasil empreendesse esforços para galgar êxito na construção de políticas públicas direcionadas a esta temática, rentes à realidade social. A proteção ao trabalhador e a dignificação do trabalho hoje alcançaram o patamar constitucional, conforme art. 1º, III e IV da CR/88, direitos estes que devem ser protegidos de eventuais relativizações seja no processo de elaboração e modificação da norma, seja no processo decisório.

Ainda hoje se discute a possibilidade de restrição do conceito de trabalho escravo contemporâneo apenas às situações onde ocorreria o cer-

ceamento da liberdade de ir e vir, o que seria como uma forma de balizar as decisões. Porém, restringir seria retroceder o alcance do art. 149 do Código Penal que tipifica a redução análoga à condição de escravos. Ao mesmo tempo seria ferir direitos e garantias fundamentais, além de violar princípios gerais do Direito do Trabalho, bem como transformar a norma que é justa, diante da realidade social a que é aplicada, em injusta, visto que não iria estar em consonância com a Constituição, que confere fundamento de validade para as normas infraconstitucionais, e a eventual redução do conceito seria violar direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, como:

> a) o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
>
> b) os objetivos fundamentais da República de "construir uma sociedade justa e solidária" (art. 3º, I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III) e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV);
>
> c) os direitos fundamentais à liberdade (art. 5º, caput), à igualdade (art. 5º, caput), a não ser objeto de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), de acesso à informação (art. 5º, XXXIII) e ao trabalho (art. 6º);
>
> d) os princípios constitucionais da eficiência (art. 37, caput), da proibição do retrocesso social e da proporcionalidade;
>
> e) os princípios republicano (art. 1º, *caput*), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*) e da impessoalidade (art. 37, *caput*).

Assim, pode-se expor que a norma trazida no art. 149 do Código Penal, da forma que se encontra, é justa, primeiramente, por estar em consonância com a ordem constitucional, bem como por refletir a realidade social, apta a gerar a devida aplicação do direito em caso de sua violação. Com o intuito de desvencilhar esta questão teórica, mas que reflete na aplicação do Direito na realidade fática, analisar-se-ão no próximo tópico o problema das lacunas axiológicas e dos conceitos jurídicos indeterminados.

3 AS LACUNAS AXIOLÓGICAS E A INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS?

Há de se mencionar que o ordenamento jurídico, entendido como um conjunto de normas jurídicas, possui, segundo Bobbio (1995), três aspectos, quais sejam, unidade, coerência e completude, os quais, a partir de uma análise entre a coexistência de normas, pode apresentar alguns problemas, como o da hierarquia entre normas, das antinomias jurídicas e das lacunas do direito.

Das características, neste tópico abordar-se-á, especificamente a completude, uma vez que será trabalhada a problemática das lacunas axiológicas. Sendo assim, entende-se por completude "a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso" (Bobbio, 1995, p. 115).

> Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que o ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite (Bobbio, 1995, p. 115).

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade (Bobbio, 1995, p. 118). No caso do problema que surge a partir da completude, há certa deficiência no ordenamento jurídico, que dificultam a aplicação do direito.

À ótica dos pensadores juspositivistas há a negativa da existência de lacunas, por não se admitir a aplicação da norma natural, no entanto este pensamento nos séculos XVII e XVIII sofreu certa mutação. *In verbis:*

> Enquanto os juspositivistas, para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência de lacunas, os escritores do século XVII e XVIII não a negam absolutamente e afirmam, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural (Bobbio, 1995, p. 42).

As lacunas podem, então, ser tratadas tanto como a ausência de norma jurídica que regule aquela situação e a falta de critérios para que se aplique a norma (Bobbio, 1995, p. 139) ou ainda "a falta de uma solução satisfatória ou de norma justa" (lacunas ideológicas) (Bobbio, 1995, p. 140).

É possível definir, conforme Bobbio (1995), também a existência de lacunas reais, que podem ser próprias e impróprias. Conceitua-se lacuna própria como aquela "do sistema ou dentro do sistema", sendo a imprópria a que decorre da "comparação do sistema real com um sistema ideal" (Bobbio, 1995, p. 143). No entanto, o ponto chave deste trabalho são as lacunas ideológicas, ou axiológicas, aquelas que dizem respeito à solução (in) satisfatória ao caso, como visto acima.

No ordenamento jurídico pátrio, não é possível verificar a existência de lacunas quando da aplicação do conceito de trabalho escravo contemporâneo. No entanto, o Art. 149 do Código Penal, ao conter em seu texto expressões, tais como "condições degradantes de trabalho", "trabalhos forçados ou jornadas exaustivas", gera insistentes polêmicas quanto sua aplicação correta pelos magistrados, devido à amplitude dos conceitos e o grau de indeterminação. Isto gera diante das decisões prolatadas insatisfação acerca aplicação da norma, se justa ou injusta.

Para melhor compreender o que acima está sendo tratado, esclarece-se que os conceitos jurídicos diferentemente dos conceitos das demais ciências, não dizem respeito a objetos, mas sim a reflexões e significações (GRAU, 2000, p. 145), ou seja, são por si só subjetivos, dependentes de intepretação de acordo com o contexto social coletivo.

> O "objeto" do conceito jurídico, como observei em outra oportunidade (1988/62 e ss.), não existe "em si"; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe "para mim", de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade no mundo jurídico, quando a este "para mim", por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – "para nós". Apenas e tão somente na medida em que o "objeto" – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com o mínimo de segurança e certeza. A admitir-se possa existir concei-

> to "indeterminado" – ou seja, cuja significação não é reconhecida uniformemente por um grupo social -, toda a interpretação/aplicação do direito haverá de ser procedida à margem da legalidade. O conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma suam de ideias (GRAU, 2000, p. 145).

O mencionado autor acerca dos conceitos jurídicos indeterminados preleciona que:

> Os conceitos indeterminados – que compreendem conceitos de experiência ou de valor – não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação. A aplicação deles, segundo Garcia de Enterría, só permite uma "unidade de solução" em cada caso (1983/434). [...] (GRAU, 2000, p. 149)

No caso posto sob exame, acredita-se no que diz respeito à aplicação do conceito do artigo 149 do Código Penal não se pode confundir indeterminação com discricionariedade. Na prolação de uma sentença, como, por exemplo, analisando o conceito de trabalho escravo contemporâneo, o magistrado deve saber distinguir que:

> [...] No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de soluções justas varia de uma hipótese – são distintas as técnicas. Desejo ainda, neste ponto, observar que a afirmação de que os conceitos jurídicos são signos de significações indeterminadas não contradiz aquela outra na qual sustento inexistirem, no âmbito do direito, soluções exatas – uma para cada caso -, porém, sempre para cada caso, um elenco de soluções corretas. Não conflita, a primeira, com a evidência de que a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito, não é ciência, mas prudência (GRAU, 2000, p. 150/151).

Destarte, o aplicador do Direito deve fazer uso aos casos em que forem postos à sua apreciação no que concerne ao que é trabalho escravo

contemporâneo, de técnicas de juízo de legalidade, visando uma solução mais justa e efetiva, afastando as possíveis problemas interpretativos, considerando a unidade do ordenamento jurídico, uma vez que para a compreensão do que são jornadas exaustivas, condições degradantes e trabalhos forçados, é possível a aplicação de instrumentos normativos secundários, como a Portaria nº 231 /2002 da Coordenadoria de Erradicação do Trabalho Escravo, a qual tenta esboçar conceitos aptos a solucionar eventuais problemas sobre eventuais "lacunas axiológicas" que possam vir a surgir da interpretação do art. 149 do Código Penal. *In verbis:*

> Orientação nº 03: Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade.
>
> Orientação nº 04: Condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador.
>
> Orientação nº 05: Trabalho em condições análogas às de escravo. Violação à dignidade da pessoa humana e ao patrimônio ético - moral da sociedade, ensejando danos morais individuais e coletivos. Responsabilização do explorador. A exploração do trabalho em condições análogas às de escravo ofende não somente a direitos individuais do lesado, mas também e, fundamentalmente, aos interesses difusos de toda a sociedade brasileira [...].

O objetivo da utilização dos supracitados conceitos seria ajustar os entendimentos nas searas penal e trabalhista, a fim de que houvesse um combate mais efetivo às práticas de trabalho análogo a de escravos, sensibilizando para a violação ao meio ambiente do trabalho e à condição de vulnerabilidade do trabalhador.

CONCLUSÃO

No presente trabalho propôs a analisar a problemática do conceito de trabalho escravo contemporâneo e as possíveis dificuldades de aplicação de seu conceito, decorrentes de lacunas axiológicas existentes devido o uso de termos indeterminados contidos no dispositivo do art. 149 do Código Penal.

Assim, inicialmente, abordou-se a questão das inúmeras tentativas de alterações do conceito de trabalho escravo contemporâneo, principalmente da Portaria nº 1.129/2017, o qual foi muito criticado e teve sua eficácia suspensa, por violar princípios e normas protetivas constitucionais. Expôs-se também que se numa eventual modificação do conceito, se haveria também a mudança de concepção quanto à norma jurídica justa dentro de um contexto social.

Posteriormente, buscou-se explicar o que vem a ser esta norma jurídica justa, entendendo-se como aquela que está em consonância com os demais preceitos da realidade material dos fatos e a realidade formal das normas de direito. É basicamente a norma que corresponde aos anseios sociais, como no caso, em comento, o art. 149 do Código Penal, seria a norma que traz efetivo combate às violações aos direitos do trabalhador, e, em contraposição com as demais, que trariam um enfraquecimento deste sistema.

Por fim, quando da análise do conceito de trabalho escravo contemporâneo e a existência de lacuna, concluiu-se que ainda que não se possa evitar a indeterminação do conceito, pois depende de circunstâncias fáticas a serem verificadas no caso em concreto, o aplicador do Direito deve buscar a utilização de técnicas de juízo de legalidade, na tentativa de prolatar uma decisão que seja justa ao caso, colmatando as eventuais lacunas que venham a aparecer quando de sua cognição, considerando a unidade do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 3ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005;

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995;

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Portaria nº 1.129/2017 – MT.** Brasília, 2017.

BRASIL. **Lei n° 3.353/1888, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea)**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolico.pdf&ved=0CB4QFjAA&usg=AFQjCNEMalHkxGPjtZTt7AHB22mH4mqGjQ&sig2=NP4uCYTt2KMiG3eTE09AQA. Acessada em 10/09/2017;

_____. **Decreto-lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm; Acessado em 20/08/2017;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fconstituicao%2Fconstituicao.htm&ei=cY3BVPGJH4zGsQSRpIFw&usg=AFQjCNFS-wg8t1CsnMWR-NMagFsEEVFeBQ&bvm=bv.84349003,d.cWc; Acessado em 16/08/2017;

_____. **Lei n° 10.803 de 11 de Dezembro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.803.htm. Acessado em 20/08/2017;

_____. **Emenda Constitucional n° 81, de 05 de junho de 2014.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fconstituicao%2FEmendas%2FEmc%2Femc81.htm&ei=aI7BVKiRI4jgsATNtIGIDg&usg=AFQjCNF9PSIhQStbOdHmBXeTzlxoq1f_fQ&bvm=bv.84349003,d.cWc Acessado em 12/07/2017;

_____. **Portaria 231/2002 - Orientações da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Orientações n° 03, n° 04 e nº 05).** Disponível em: http://www.pgt.mpt.gov.br/portaltransparencia/download.php?tabela=PDF&IDDOCUMENTO=643. Acessado em: 03/06/2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489 DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. 2017;

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Escravo: Caracterização jurídica dos modos típicos de execução.** Publicado na Revista Latinoamericana de Derechos Humanos (HENDU), 2014, p. 41-56;

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência.** 2ª ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1996;

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996;

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE REFERENDUM O PLEBISCITO INDEPENDENTISTA EM ORDENAMIENTOS IBEROAMERICANOS: UN BREVIO ESTUDIO COMPARADO DE LOS CASOS DE ESPAÑA Y BRASIL A LA LUZ DE SUS RESPECTIVOS MARCOS CONSTITUCIONALES

Vivian Rodrigues Madeira da Costa
Carolina Rodrigues Madeira da Costa

Introducción

El debate sobre la posibilidad de secesión territorial en contextos democráticos contemporáneos ha adquirido más relevancia con la reciente cuestión española en relación con el caso de Cataluña. Sin embargo, la materia también es motivo de discusión jurídica y política en otros contextos constitucionales, como ocurre en Brasil, con la existencia de un movimiento separatista en la región sur del país.

Asimismo, se puede afirmar que el conflicto político-territorial que se produjo en España no tiene parangón en ningún otro Estado descentralizado europeo, pero la cuestión sobre la posibilidad constitucional de la convocatoria de un referéndum, o plebiscito para la secesión de alguna

de sus partes se ha planteado en diversos países, como afirma Montilla Martos (2016), profesor catedrático de la Universidad de Granada.

El presente trabajo tiene como objetivo buscar una comparación más allá del contexto europeo, pero aún circunscrita a un régimen democrático con características sociales e históricas compartidas, para que se pueda analizar la posibilidad de fragmentación de los Estados democráticos del Reino de España y de la República Federativa do Brasil, en sus respectivos marcos constitucionales.

1 El caso español

1.1 El marco constitucional español sobre la organización territorial y la posibilidad de secesión

En el ordenamiento jurídico español, la unidad territorial del Reino de España es objeto de disposición constitucional, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución (1978), en su Título Preliminar, sobre la Unidad de la Nación y derecho a la autonomía, según el cual: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas".

Así, para tratar de la posibilidad de secesión de alguna región, menester se hace, inexorablemente, hablar de la posibilidad de reforma constitucional, justamente porque el precepto jurídico que garantiza y determina la integridad territorial se encuentra ubicado en la propia Constitución de España.

Además, en relación con la organización institucional y territorial descentralizada que es adoptada en el marco constitucional español, se posibilita el sistema de las Comunidades Autónomas, las cuales pueden instituir sus respectivos estatutos, accediendo a su autogobierno, como define el artículo 143, del Título VIII, sobre la Organización Territorial del Estado, transcrito a continuación:

> Artículo 143.
>
> 1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con caracte-

> rísticas históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

Asimismo, es evidente la regulación constitucional sobre la organización territorial y autonómica española, en la cual subyace el tema al que se refiere el presente trabajo, es decir, relativo a la posibilidad de secesión de parte del territorio, así que esta cuestión conlleva la necesidad de comprender igualmente el proceso de reforma de la Constitución de España.

En el ámbito de la posibilidad de reforma constitucional, la previsión jurídica también se localiza en la Constitución, en su Título X, determinando su artículo 168 que: "Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes".

En el artículo anterior de la Constitución, hay la previsión de aprobación de tres quintos de cada una de las Cámaras, para la posibilidad de reforma. Sin embargo, el Constituyente previó un proceso más complejo en relación a temas considerados basilares. Como afirman los Profesores Ana Carmona, Santiado Muño, Eliseo Aja y otros (2017):

> La Constitución prevé un doble procedimiento de reforma, uno más rígido (art. 168 CE) y otro menos (art. 167 CE), diferenciándose en virtud de la materia que resulta afectada. (…) El procedimiento agravado del art. Se 168 se aplica únicamente cuando la reforma afecta a alguna disposición del Título Preliminar, de la sección 1 del Capítulo 2ª del Título I (derechos fundamentales) o al Título II (Corona), sin que pueda hacerse una interpretación extensiva de las disposiciones reservadas a este procedimiento (DTC 1/1992). En este caso se requieren mayorías más cualificadas (dos tercios de ambas Cámaras) pero sobre todo es un procedimiento más complejo pues debe aprobarse en dos legislaturas distintas: aprobación del principio de reforma, disolución de las Cortes,

> constitución de nuevas Cortes que aprueban la reforma y referéndum obligatorio de ratificación. La Constitución permite por esta vía la reforma total de la Constitución. Esto sirve para reforzar la idea de que cualquier contenido constitucional resulta reformable pero no puede constituyente pues continúan aplicándose los límites constitucionales a la reforma y el control constitucional del procedimiento.

Así, este último procedimiento más complejo se aplica al caso concreto planteado, justamente porque cambiar alguna cuestión relativa a la unidad territorial representaría un cambio en el precepto constitucional anteriormente destacado. Asimismo, la posibilidad de secesión no prescindiría de una reforma constitucional, porque la "indisoluble unidad de la Nación española" (CARMONA et al., 2017) se encuentra constitucionalmente garantizada en el Título Preliminar.

Se abordará a continuación el caso de Cataluña y las manobras a través de las cuales se pretendió independizar tal Comunidad Autónoma, de manera a generar una secesión territorial, para que se pueda analizar la juridicidad *in casu,* después de la breve descripción del ordenamiento jurídico español, en el marco de una Constitución rígida.

1.2 El caso catalán: Referéndum de Independencia y su análisis jurídico

En 2017, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha convocado y realizado un referéndum de autodeterminación, con la previa aprobación de una ley por su parlamento a través de la cual se estableció que el referéndum seria vinculante. La consulta a la población fue a partir de la siguiente pregunta: "¿Quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de república?", para la cual "el portavoz del Govern, Jordi Turull, ha explicado que se han contabilizado 2.262.424 votos, sobre un censo de 5,343.358 personas (el 42%)", como se notició en el periódico El País en octubre de 2017, generando una posterior declaración unilateral de independencia (BOQUERO, 2017).

Se podría afirmar, como de hecho se hizo, de acuerdo con el ordenamiento español, que la propia aprobación de la llamada ley del referéndum

sería ilegal en razón de no cumplir con los requisitos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, lo cual requiere mayoría de dos tercios en el parlamento para que se pueda promover un cambio en el estatus autonómico.

En efecto, el Tribunal Constitucional el 7 de septiembre de 2017 suspendió el referéndum secesionista, admitiendo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, además de declarar la citada ley inconstitucional, por unanimidad de los magistrados el 17 de octubre de ese mismo año (GUINDAL, 2017), habiendo identificado la invasión de competencias estatales y la vulneración de la supremacía de la Constitución, además del conflicto con la indisoluble unidad de la Nación española y la soberanía nacional, a través del Recurso de Inconstitucionalidad Nº 4334-2017, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19 de 6 de septiembre de 2017.

La situación generó una verdadera crisis constitucional, con la aplicación por primera vez del artículo 155 de la Constitución española, lo cual dispone que si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

Este caso se trata de un verdadero conflicto político-territorial y la aplicación del citado artículo pretendió promover la restricción de los poderes del parlamento catalán, con la intervención de organismos y servicios de la comunidad autónoma. Sin embargo, para centrarnos en la cuestión primordial del presente trabajo, sobre la posibilidad jurídica de secesión territorial, a la luz del ordenamiento español y a través de su marco constitucional, hay que relacionar el caso concreto con el sistema previamente establecido. Como señala el Profesor José Antonio Montilla (2016):

> (…) según el Tribunal Constitucional español no resulta posible un referéndum de independencia en el marco constitucional actual pero, sin embargo, ha aceptado de forma reiterada que a través de la reforma constitucional puede incorporarse un referéndum a través del cual se ejerza el denominado "derecho a decidir", eufemismo a través del cual se ha presentado en el debate español el derecho a la secesión de una parte del Estado, democráticamente decidida por la ciudadanía de ese territorio.

Además, según el mismo Profesor, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional no considera posible un referéndum de secesión en el marco constitucional vigente, al margen de la valoración que nos merezca dicha posición. La Constitución española no permitiría y este es igualmente el entendimiento de su intérprete supremo. Conforme los preceptos constitucionales expuestos previamente, hay la previsión de un procedimiento de reforma constitucional a través de lo cual se podría hacer posible un cambio como el pretendido por Cataluña.

Como afirman los Profesores Ana Carmona, Santiado Muño, Eliseo Aja y otros (2017):

> No se trata, por tanto, de iniciar un proceso constituyente sino un proceso de reforma constitucional. Defendemos el mantenimiento de los fundamentos sobre los que se asienta la Constitución de 1978, que son los valores europeos, y planteamos la modificación de algunos contenidos. La reforma permite la renovación de la Constitución para adaptarla cada cierto tiempo a las nuevas necesidades y condiciones de la sociedad y expresa la supremacía de la Constitución, pues sólo por esta vía puede modificarse.

Por otra parte, el Profesor José Antonio Montilla (2016) aún señala la posibilidad de utilización del artículo 92 de la Constitución Española, lo cual prevé la convocatoria de un referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia, cuya convocatoria habría que ser solicitar al Presidente del Gobierno o bien la atribución extraestatutaria por el Estado de la facultad competencial de convocarlo por la vía del artículo 150.2 de la Constitución, porque este último regula la posibilidad de transferencia o delegación de materia de titularidad fiscal a las Comunidades Orgánicas, mediante ley orgánica.

Además, se podría pensar el algún mecanismo que tuviese como base el dispuesto en el artículo 92 de la Constitución, según el cual las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, siendo tal referéndum convocado por el Rey, mediante propuesta del presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados. No obstante, en relación con tal procedimiento, señala el Profesor Muñoz (2016):

> En primer lugar, las instituciones autonómicas podrían solicitar al Presidente del Gobierno que propusiera al Rey, con la autorización del Congreso, la convocatoria de un referéndum sobre la secesión de Cataluña. No obstante, aunque desde una perspectiva constitucional nada impide el ejercicio de esa petición, refleja una posición subordinada de la Comunidad Autónoma en relación al Estado, en concreto al Presidente del Gobierno, que justifica su descarte. Se trata de una mera petición y la hipotética convocatoria sería exclusivamente estatal, sin participación territorial en el proceso.

Por lo tanto, la posibilidad que posea real viabilidad jurídica, a pesar de su dificultad intrínseca, sería justamente la reforma constitucional mediante el procedimiento especifico previsto. Es importante resaltar que la dificultad está directamente relacionada con el ámbito de reforma y su impacto en la estructura del Estado español, lo que justifica el proceso, legitimándolo aún más, cuando llevado a cabo por la vía correcta.

1 El caso brasileño

1.1 El marco constitucional brasileño sobre la organización territorial y la posibilidad de secesión

La Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) establece en su primer artículo, localizado en el Título I, sobre los principios fundamentales, que la República Federal de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, además del pluralismo político.

A su vez, en el Título III, sobre la Organización del Estado, el artículo 18 establece que la organización política y administrativa es compuesta por la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos ellos autónomos, en los términos constitucionales y bajo sus principios y disposiciones. Hay la previsión, por ejemplo, en el mismo artículo, de que las unidades federales puedan incorporarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexar a otros, o formar nuevos estados o territorios federales,

mediante aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito, y del Congreso Nacional, por ley complementaria.

El artículo 21, a su turno, establece que una de las competencias de la Unión es garantizar la defensa nacional, así como elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social. Además, según el artículo 22, compete privativamente a la Unión legislar sobre la defensa territorial, las defensas aeroespacial, marítima, civil y la movilización nacional.

Es interesante señalar también que en el Capítulo VI de la Constitución de la República, lo cual trata sobre la posibilidad de que la Unión intervenga directamente en los estados, hay la previsión expresa de que ello puede ocurrir para mantener la integridad nacional, además de garantizar el libre ejercicio de los poderes en las unidades de la Federación y frenar cualquier grave comprometimiento del orden público. Podemos destacar también la posibilidad de que haya intervención para proveer la ejecución de ley federal, orden o decisión judicial o para asegurar el cumplimiento de principios constitucionales como la forma republicana, el sistema representativo y el régimen democrático.

Desde ahí ya se delinean los preceptos constitucionales que podrían ser invocados en la ocurrencia de un evento secesionista por parte de alguna región o unidad federativa. A comparación del ejemplo práctico anteriormente abordado sobre el contexto español, se podría igualmente pensar que un cambio en la organización federal brasileña supondría, en realidad, un cambio constitucional, lo que remete a las posibilidades de reforma de la Constitución que también son materia de disposición del Constituyente.

La posibilidad de emenda a la Constitución esta tratada en el artículo 60 y siguientes, con la previsión de que a la Constitución podría ser añadida alguna disposición nueva según propuesta del Presidente de la República, de un tercio, como mínimo, de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, o de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros, considerando que la propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, aprobándose si obtiene, en ambos, tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros.

Sin embargo, no hace falta ir tan lejos porque en la Constitución brasileña, la cual también es rígida, hay una previsión expresa sobre la imposibilidad de que sea objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a suprimir la forma federativa del Estado, así como el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes; y, por fin, los derechos y garantías individuales. Estas son las llamadas cláusulas pétreas, las cuales no podrán ser modificadas sin que haya, en realidad, el establecimiento de un poder que rompa con el marco constitucional existente.

1.2. El caso del sur: Plebiscito de Independencia y su análisis jurídico

En 2017, el movimiento *El Sur es Mi País* organizó un plebiscito para consultar los residentes de los estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina y Paraná, que constituyen la región Sur del país, sobre la posibilidad de separarse del resto de Brasil. Para la votación, llamada Plebisul, se distribuirán urnas en lugares públicos de unas 900 ciudades de los tres estados. Los participantes responderán sí o no a la pregunta: *¿Quieres que Paraná, Santa Catarina y Rio Grande do Sul formen un país independiente?*, en traducción libre.

Sin embargo, a la diferencia del caso concreto español, los organizadores del movimiento, que son parte de la sociedad civil, reconocen que la convocación de un plebiscito para consultar la opinión pública sobre tal materia carece de legitimidad jurídica. No hay una pretensión firme y una autoproclamación legitima y valida de independencia. El objetivo primordial seria, sobre todo, investigar la opinión ciudadana.

Además, según los organizadores, "el movimiento separatista está creciendo cada vez más y esa crisis política y económica de Brasil favorece esa posición" (SPERB, 2017). Podríamos adentrar el ámbito del estudio sociológico e histórico sobre las raíces de la existencia del movimiento separatista en la región sur del país, las cuales remontan a siglos atrás. No obstante, centrándonos en un análisis de la hodierna situación, a la luz del ordenamiento patrio existente y sobre todo a través del marco constitucional brasileño, sabemos que la iniciativa secesionista es contraria al primer artículo de la Constitución, que determina que el país está formado por la unión indisoluble de los estados.

Por eso, uno de los mentores intelectuales y fundadores del movimiento, el profesor Celso Deucher, explica que el grupo "no predica directamente la separación", como en el caso de Cataluña, que pretendió declarar unilateralmente su independencia de España. "Siempre dejamos muy claro: el movimiento nació para defender el derecho de las personas de opinar sobre el tema. Queremos el derecho de opinar. No tiene constitución que pueda prohibir ese derecho. La esencia de la democracia es la libertad de expresión", afirma Deucher (SPERB, 2017).

En efecto, mientras el mundo prestaba atención a la cuestión de Cataluña, la mayoría de los participantes del llamado Plebisul también votó favorablemente al proyecto separatista. La votación fue de 96,12% votos por la separación y el 3,88% contrarios de un total de 340.422 votos, pero alcanzó menos de 2% del total de electores registrados en los tres estados, en cuanto al número de participantes en la votación, que en 2016 fue prácticamente el doble, como señala la periodista Paula Sperb (2017).

Juntos, los tres estados tienen 21.284.501 electores de acuerdo con las estadísticas del Tribunal Superior Electoral de Brasil. La participación, no obstante, sería suficiente para que el grupo presentara un proyecto de ley de iniciativa popular a las asambleas de los tres estados para que un plebiscito formal fuera convocado posteriormente, como pretenden los organizadores.

Sin embargo, se hace menester destacar que, en cualquier caso, la competencia para proponer un plebiscito es del Congreso cuando se trata de cuestiones de relevancia nacional. Sabemos que el plebiscito es la convocatoria de los votantes del país a aprobar o rechazar cuestiones relevantes antes de la existencia de ley o del acto administrativo.

Así, la población dice si quiere o no que sea aprobado, siendo la competencia de proposición del Congreso cuando se trata de cuestiones de relevancia nacional. El referéndum también es una consulta popular, sin embargo, él es convocado después de que el acto ya fue aprobado, cabiendo al pueblo ratificar o rechazar la propuesta, pero funcionando como el plebiscito en términos de la competencia para su proposición.

La presidente Dilma, en 2016, ya había defendido la posibilidad de un Constituyente exclusivo, para tratar de una modificación profunda en el ámbito de una pretendida reforma política, sin seguir los procedimientos previstos en la Constitución de 1988. No obstante, la doctrina y la

teoría constitucionalista son bien claras en reconocer el poder ilimitado que subyace en la convocación de un Poder Constituyente, por lo que la propuesta no logró recibir adhesión política.

En efecto, la posibilidad que se vislumbra en el caso brasileño, frente a la expresa prohibición del texto constitucional, no tendría acogida o no podría sustentarse en el marco constitucional presente de la República Brasileña, sea por la declaración expresa del primer artículo, o la existencia de las cláusulas pétreas, que impiden determinadas reformas, o mismo cuando analizamos los dispositivos constitucionales sobre la posibilidad de intervención de la Unión en los estados para el mantenimiento del orden público, además de la clara competencia estatal en el ámbito de la organización territorial.

Conclusión

En el presente ensayo se ha tenido como objetivo presentar dos casos prácticos a través de los cuales podemos analizar y pensar sobre la posibilidad de secesión de parte del territorio de un Estado nacional en el marco de sistemas democráticos y constitucionales de contextos iberoamericanos. Es cierto que la organización territorial de España y Brasil, así como sus sistemas, son distintos, pero el régimen democrático es garantizado en los dos países y en ambos observamos una organización descentralizada, sea a través de las Comunidades Autónomas o de las Unidades Federales, con marcos constitucionales rígidos.

Sin embargo, en España se puede observar la existencia de un mecanismo constitucional que posibilita una posterior secesión territorial sin romper, entonces, con el marco constitucional, pero como el resultado de un acuerdo o expresa voluntad política. A pesar de complejo, su posibilidad reside en el diálogo entre los actores políticos y civiles. En Brasil la unidad territorial está puesta y disciplinada por la Constitución en una posición privilegiada, con un valor intrínseco reconocido como primordial.

Así, se podría afirmar que en el contexto democrático y constitucional brasileño hay la posibilidad de convocación de un plebiscito sobre la materia por el Congreso, pero una efectiva modificación constitucional estaría claramente obstada, por lo que se concluye que mientras en el caso español la secesión no prescindiría de un nuevo Poder Constituyente, en Brasil sí.

Fuentes y Bibliografía

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm [11 de diciembre de 2018];

Constitución Española de 1978. Disponible en: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf [21 de enero de 2019];

BAQUERO, Camilo S. El País. Barcelona, 2 de Octubre de 2017. "Un 90% de 'síes' con 2,2 millones de votos y una participación del 42%, según el Govern". Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/02/catalunya/1506898063_586836.html;

GUINDAL, Carlota. La Vanguardia. "El TC declara inconstitucional la ley del referéndum aprobada por el Parlament". Disponible en: https://www.lavanguardia.com/politica/20171017/432138819583/ley-referendum-tribunal-constitucional.html [21 de enero de 2019];

MONTILLA, José Antonio Martos. El Referendúm de Secesión en Europa. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/11_MONTILLA.htm [19 de diciembre de 2018];

MUÑOZ, Santiago Machado. Aja Fernández, Eliseo. Carmona Contreras, Ana. Et al. Ideas para una Reforma de la Constitución. Disponible en: http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf pp. 11-12[11 de enero de 2018];

Referèndum D'autodeterminació de Catalunya. Resultats Definitius. Disponible en: http://estaticos.elperiodico.com/resources/pdf/4/3/1507302086634.pdf [20 de enero de 2018]

Recurso de inconstitucionalidad n.º 4334-2017, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación.». *Boletín Oficial del Estado*. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/08/pdfs/BOE-A-2017-10287.pdf [21 de enero de 2019];

SPERB, Paula. Revista Veja. Porto Alegre, 09 de octubre de 2017. "Grupo separatista organiza novo plebiscito sobre independência do RS, SC e PR". En: **https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/grupo-separatista-organiza-novo-plebiscito-para-consultar-populacao-sobre-independencia-do-rs-sc-e-pr.ghtml** [20 de diciembre de 2018]

SPERB, Paula. Revista Veja. Porto Alegre, octubre de 2017. "Plebisul: 'Queremos o direito de opinar', diz separatista". En: https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/queremos-o-direito-de-opinar-diz-mentor-de-grupo-separatista/[20 de diciembre de 2018]

ENTRE O POSITIVISMO FORMALISTA E A DESJURIDIFICAÇÃO: EM BUSCA DE UM PARADIGMA RAZOÁVEL

Kelvin Nascimento Garcia
Rafaela Gonçalves Alves

1 ACEPÇÕES GENEALÓGICAS DO ESTADO SOBERANO: UMA BREVE EVOLUÇÃO, DOS CONTRATUALISTAS AO POSITIVISMO TEÓRICO DE KELSEN

O Direito tal qual é manifestado hodiernamente no mundo, qual seja, teoricamente por meio da máquina estatal para que seja vigente e efetivado, é resultado da busca por resoluções das problemáticas que as complexidades do desenvolvimento social assentam, e tido, portanto, como um meio de permitir a tomada de decisões diante dos conflitos que naturalmente decorrem desse estágio da civilização.

Nesse sentido, a problemática jurídica do presente trabalho tem como pressuposto de que a Teoria Pura do Direito, proposta por Kelsen (1998), é a doutrina majoritária da Teoria Geral do Direito e que serve de baliza aos demais autores desta disciplina, bem como à produção teórica do Direito aos ordenamentos jurídicos dos países por meio do Estado soberano.

Mencionado isso, parafraseando a Karl Marx (2010, p. 39) o "espectro" da desjuridificação, da procedimentalização, ou seja, do sistema jurídico de múltiplos níveis, e a autorregulação pelos grupos econômicos ronda o Direito no mundo, principalmente a realização da fórmula pro-

motora da civilidade que é o Estado Democrático de Direito. Porém, mais que mera suposição, tais fenômenos já são tendências e lançam um desafio à Teoria Pura de Kelsen (1998) acerca da soberania e do Estado, circunstância constituidora de uma crise no paradigma dominante no Direito.

Nesse sentido, considerando que o paradigma dominante oferece um positivismo desmedido, questiona-se: será que, de outro lado, a desjuridificação, a procedimentalização e a autorregulação pelos grupos econômicos virão a propor as soluções que as problemáticas decorrentes das complexidades sociais demandam, muitas das quais eles mesmos ocasionam?

Nesse contexto, torna-se necessária a reflexão bibliográfica que envolve a construção do Estado-Nação enquanto entidade competente para a regulação da conduta humana e suas diversas manifestações, o que é possível por meio da revisão do enfrentamento das problemáticas sociais, políticas e jurídicas que os precursores do pensamento da gênese do Estado moderno realizaram diante das crises pelas quais passa o Estado (WEFFORT, 2006, p. 8-9), o que também se revelam como crises das civilizações.

Maquiavel, a partir de uma visualização empírica da liberdade, de sua conquista e manutenção, enfrenta a problemática do equilíbrio, das dificuldades ou impossibilidades da permanência no poder, considerando que os governantes se viam frequentemente diante de conflitos internos e de invasões entre povos (WEFFORT, 2006, p. 14-15), o que gerava desordens e inseguranças.

Nesse sentido, ao presenciar a instalação e as frequentes quedas de governos, desde os republicanos aos tiranos, tem como objeto de suas análises o Estado e a imposição da ordem, e como problema a resolução dos ciclos de estabilidade e caos; e, ainda, considera que a ordem não é um fenômeno natural (WEFFORT, 2006, p. 17-18), mas, ao contrário, uma construção que pressupõe a atividade humana contra o caos que, ainda quando a ordem já está constituída, permanece oferecendo ameaças.

Portanto, no espaço da realização da política é manifestado o poder, o qual é sentido, mas não é conhecido em todas as suas possibilidades, resultados e alcances, e é possível afirmar que a política, enquanto instrumento de poder, não é perfeita por apresentar problemas geradores de consequências empíricas; porém, sua ausência é o "pior dos infernos".

Nesse sentido, é a história um manancial de conhecimentos e informações que possibilita encontrar hipóteses resolutivas para as problemáticas sociais, jurídicas e estatais (WEFFORT, 2006, p. 18-19), porquanto se apresenta em ciclos de estabilidade e caos que voltam a se repetir, permitindo a previsibilidade de circunstâncias e a tomada de decisões.

Partindo do princípio de que há, decorrente da desordem caracterizadora da natureza humana, duas forças antagônicas, "uma das quais provém de não desejar o povo ser dominado nem oprimido pelos grandes, e a outra de quererem os grandes dominar e oprimir o povo" (MAQUIAVEL *apud* WEFFORT, 2006, p. 20-21), ainda que houvesse a vitória no domínio de uma força em detrimento da outra, a vencida continuaria presente e em oposição, o que impõe a construção de uma estabilidade entre as relações que se apresentam e demanda uma opção por alguma forma institucional de resolução que decorra da análise da situação concreta com a utilização de instrumentos de poder para inibir forças com capacidades de desagregar, sendo tais mecanismos o fundamento do Estado por um agente fundador, o qual é denominado de príncipe.

Thomas Hobbes se preocupou com a reflexão sobre a passagem de um estado de natureza em que o ser humano se encontrava para uma organização política da convivência com poder prescritor de regras a todos igualmente impostas, proposição geradora questionamentos acerca da impossibilidade de um homem selvagem produzir algo complexo como um contrato social, o que necessita ser esclarecido:

> [...] Raro, ou *nenhum*, contratualista pensou que selvagens isolados se juntam numa clareira para fazer um simulacro de constituinte. [...] o homem natural de Hobbes não é um selvagem. É o mesmo homem que vive em sociedade. Melhor dizendo, a *natureza* do homem não muda conforme o tempo, ou a história, ou a vida social. Para Hobbes, como para a maior parte dos autores de antes do século XVIII, não existe a história entendida como transformando os homens. Estes não mudam. É por isso que Hobbes, e outros, citam os gregos e romanos quando querem conhecer ou exemplificar algo sobre o homem, mesmo de seu tempo (HOBBES *apud* WEFFORT, 2006, p. 54).

Para Hobbes, o estado de natureza é caracterizado por competição, desconfiança e glória que são elementos geradores de discórdias e são causados pela falta de conhecimento que cada ser humano tem sobre as intenções dos outros com os quais convive, circunstância que tem como resultado uma guerra generalizada ou, minimamente, uma disposição para a disputa como a atitude razoável (HOBBES *apud* WEFFORT, 2006, p. 55-57), daí decorrendo a necessidade de um ente superior à sociedade para conter tais impulsos naturais, qual seja, o Estado.

Nesse contexto, é reconhecida a lei de natureza do respeito mútuo que deve prevalecer entre os seres humanos, principalmente porque dela depende a defesa e a segurança de cada um, na medida em que uma ação pode manter ou privar a vida de alguém. Porém, apenas a consciência desses fatos não se mostra suficiente (HOBBES *apud* WEFFORT, 2006, p. 60-61), imperando a existência do Estado que detém a justiça da espada promotora da autoridade necessária para que o soberano determine a conduta que cabe a todos.

Jean Bodin foi o primeiro autor que teorizou, no século XVI, o elemento da soberania enquanto fundamento do Estado, e que, portanto, possui autoridade para decidir. E Hobbes desenvolveu tal concepção partindo do pressuposto de que os acordos realizados apenas com as palavras não são suficientes para garantir seu cumprimento (HOBBES *apud* WEFFORT, 2006, p. 61-62), se revelando necessário um poder acima das pessoas assaz grande e seguro que seja conferido por todos os súditos a um homem ou uma assembleia capaz de promover a pacificação.

Por fim, considerando que com o surgimento do Estado a justiça da espada é monopólio deste (HOBBES *apud* WEFFORT, 2006, p. 72-73), por meio da autoridade, da sujeição às leis e do poder coercitivo que impede a vingança privada; que a propriedade já é uma realidade na época de Hobbes e que onde o Estado não está presente há uma guerra entre todos, a propriedade, que é usada pelos indivíduos e gera frutos, é controlada pelo soberano por meio das leis civis.

Ao desenvolver a obra intitulada "Dois tratados sobre o governo civil", John Locke ofereceu um material para refutar um Direito baseado em uma origem sobrenatural, no qual os monarcas investidos em tal poder, outorgado pelo próprio Deus, legaram a autoridade real de Adão e para a compreensão do governo civil, sobre o qual argumentou que a única fonte

de um poder político legítimo reside no "consentimento expresso" do povo. Portanto, a tradição e a força não são elementos autorizadores e ou legitimadores de um governo (WEFFORT, 2006, p. 84), noção inspiradora de revoluções e considerada por Norberto Bobbio como a "primeira e mais completa" teorização de um Estado liberal.

Para Locke, considerando um estágio pré-social e pré-político, mas que já são constatados o desenvolvimento da razão e do uso da propriedade, esta que abrangia a vida, a liberdade e os bens considerados como direitos naturais humanos, as sociedades se encontravam em um estado de perfeita liberdade e igualdade (WEFFORT, 2006, p. 84-85), período denominado de estado de natureza.

Como o homem possuía naturalmente a liberdade e era senhor de si e de seu trabalho, este era o elemento constituidor da propriedade (WEFFORT, 2006, p. 85), na medida em que os homens trabalhavam sobre a matéria bruta e instituíam sobre ela um direito do qual todos os demais eram destituídos, e, portanto, tinha como seu limite a própria capacidade de trabalhar sobre ela.

Foi com o surgimento do dinheiro, enquanto posse que por meio da convenção representava o valor de bens, e a decorrente possibilidade de trocar as coisas produzidas, que ocorreu o comércio e a aquisição da propriedade pelo trabalho e pelo dinheiro (WEFFORT, 2006, p. 85-86). E com esse novo estágio da civilização, em que há a possibilidade da acumulação, surgiram a concentração de riquezas e a distribuição desigual do que era produzido.

Em decorrência de possíveis violações à propriedade (WEFFORT, 2006, p. 86), que poderiam colocar os indivíduos em estado de guerra, e diante da falta de um juiz com autoridade para a resolução de conflitos, os homens instauram o contrato social originário da sociedade civil.

Nesse contexto, os conflitos sociais passam a ser resolvidos e os direitos do ser humano tutelados pela lei, por um juiz competente e por meio da força aplicada à coletividade política de modo igual (WEFFORT, 2006, p. 86-87), vigorando, a partir de então, o princípio da maioria ao qual a minoria deve ceder sem prejuízo de seus direitos.

A Teoria Pura passou a ser reconhecida pela doutrina majoritária da Teoria Geral como um paradigma dominante no Direito

(GARCIA; CAIXEIRO, 2019, p. 10), posto que a partir do século XX tornou-se a orientadora da constituição teórica dos ordenamentos jurídicos dos países como a proposta paradigmática de Kelsen.

É possível identificar que a teorização paradigmática de Kelsen, no que se trata de justificar a existência estatal, é assentada a partir do reconhecimento da passagem de um estado de natureza ao estado social, formalizando o Direito, determinado pela necessidade de comando e da organização da sociedade por meio de uma autoridade (GARCIA; CAIXEIRO, 2019, p. 22-23), a qual é satisfeita pela entidade do Estado e, originando o princípio da maioria, instala o Direito Público que detém o *imperium* e representa no Estado essa vontade majoritária.

Kelsen (1998, p. 1) apresenta sua Teoria Pura não destinada a algum ordenamento específico, mas é do Direito em geral, em todo o seu alcance. Para tanto, o objeto de estudo da Teoria Pura é o Direito tal qual é prescrito. Ou seja, o que não é considerado como o Direito dele é destituído, não se confundindo, por exemplo, com a sociologia, com a psicologia, a política, a ética, a filosofia, entre outras.

O positivismo que surge no século XX tem como base o formalismo que considera o Direito de forma objetiva, tal como ele é posto pelas autoridades competentes, pouco importando a realidade social sobre a qual é imposto. Nesse sentido, uma vontade soberana, tal qual é considerada pelos contratualistas, ou seja, da nação, cede lugar à vontade do Estado soberano (CAMARGO *apud* ESTEVÃO, 2010, p. 131), e o jurista se ocupa tão somente do Direito que ele prescreve.

De acordo com Estevão (2010, p. 132):

> E, a partir do positivismo, torna-se mais intenso o papel do dogmatismo, em especial na elaboração de conceitos gerais limitadores da aplicação do Direito a um campo próprio, como se ele não tivesse relações com outros campos, como a sociologia, a filosofia, a economia etc [...].

As referidas circunstâncias geram problemáticas que, posteriormente à prescrição normativa pela autoridade estatal, resulta naturalmente em crises no Direito que necessitam ser solucionadas, pois há reflexos nas diversas áreas da organização social, principalmente pelo fato de que o posi-

tivismo formalista distancia o Direito, que é tornado estático, da realidade social (ESTEVÃO, 2010, p. 134), que é dinâmica.

Nesse sentido, Kelsen propõe a pureza do Direito não por negar que nele há interferências das demais áreas, da psicologia, da economia, da política, da filosofia, mas tão somente por estabelecer que o objeto de análise do jurista é a norma posta por meio da autoridade, e, com essa justificativa de tornar o Direito destituído e independente de qualquer ideologia (AZEVEDO *apud* ESTEVÃO, 2010, p. 135), ele passa a abrigar qualquer uma.

Esse positivismo excessivamente formalista, além de permitir abrigar inclusive os regimes totalitários, transforma agentes que deveriam ser promotores de uma ordem justa e pacífica, capazes de revelar e buscar reparar os problemas da real situação existencial dos povos, em meros operadores do Direito, especialistas em subsumir fatos a normas vigentes; magistrados em manipuladores da literalidade das normas, em que prevalece a lógica formal-dedutiva, de forma mecânica, sob uma falsa visão de que o "juiz é escravo da lei", quando, na realidade, "o Direito, por natureza, é argumentativo" (ESTEVÃO, 2010, p. 137-138), o que deve ser resgatado, principalmente para impedir que grupos de poderes venham a utilizar esse contexto para a satisfação de seus interesses.

2 TECNICIZAÇÃO DO DIREITO, DESJURIDIFICAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO, DESPROCEDIMENTALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM MODELO RAZOÁVEL

De acordo com Villey (1977, p. 12), vive-se a época da técnica, "inimiga mortal da filosofia", esta que permite a construção de saberes.

O que se verifica é a existência de operadores do Direito que praticam um trabalho semelhante ao de um trabalhador responsável por administrar uma máquina e não se preocupa em saber sobre seu funcionamento e como ela foi formada e construída. Ou seja, são frequentemente produzidos conteúdos pertinentes apenas à dogmática jurídica, mas que são como "construções sobre a areia" (VILLEY, 1977, p. 17-18), fato que revela deficiências nos conteúdos jurídicos.

A ciência do Direito, como toda ciência, não é perfeita do ponto de vista da autossuficiência, ou seja, aceita e constrói conteúdos partindo de determinados "axiomas, princípios, noções fundamentais" (VILLEY,

1977, p. 19), o que não necessariamente se tornam seus objetos de análise sobre os quais os estudiosos devem trabalhar; mas, como circunstâncias condicionantes, é dada ciência influenciada por esses conteúdos e, por essa razão, devem passar por um exame avaliativo.

Portanto, de acordo com Villey:

> Através de toda a história do direito, seria fácil extrair uma multiplicidade de exemplos de semelhantes empréstimos, de introdução nas ciências do direito de *princípios*, originários de outras. Não é certo que os juristas se inclinem servilmente a essas influências. Eles não deixarão de comprovar esses axiomas e esta linguagem que lhes sugere e tende a impor-lhes a cultura geral ambiente; rejeitarão alguns deles, reformá-los-ão empiricamente. Mas não fazem o seu estudo de forma racional. É de outra forma que se procede. A ciência do direito não é inteiramente autônoma, plenamente autárquica; ela *depende*, quanto a seus princípios, de uma outra disciplina que se chamava outrora "arquitetônica". Disso os juristas deverão convencer-se: toda ciência do direito é condicionada a um sistema geral de filosofia (1977, p. 20).

Cada ciência possui uma linguagem que lhe é própria, com conceitos, axiomas, princípios, noções fundamentais, soluções, valores, entre outros elementos, o que inclui a própria definição de Direito. E se os operadores forem questionados acerca do que se compreende por Direito há uma diversidade de concepções nas diversas ordens jurídicas do mundo. Como exemplo, não se sabe em qual medida tais profissionais estão preocupados acerca da justiça das soluções dadas; porém, uma conclusão é possível:

> [...] Sim, o jurista é absorvido pela procura de *soluções*; para exemplificar *o que é* o direito, definir o objeto de sua ciência relativamente à moral, à política, à economia, às diversas ciências sociais, discutir seu método, as *fontes* do conhecimento do direito, ele não terá nem tempo nem competência. É um homem por demais ocupado em resolver casos, dar consultas, por isso não se presta a este gênero de especulação; sem dúvida também sua técnica própria e a limitação de seus horizontes prepará-lo-iam mal para tratar a fundo esses problemas (VILLEY, 1977, p. 21).

Como anteriormente mencionado, o Direito possui como característica natural a argumentação, e encontra um instrumento muito relevante na filosofia, qual a dialética, a qual realiza sua atividade a partir de uma dúvida e o não conformismo com o dogmatismo que propõe respostas simples e exatas, e revela contradições a serem pensadas (VILLEY, 1977, p. 40-41). É dizer, por meio do diálogo e das discussões organizadas, as controvérsias são confrontadas com o fim de descobrir novas verdades.

Descrevendo o paradigma dominante no Direito, Villey confirma que:

> Para Kelsen, o jurista se ocupa em arquitetar sistemas de normas; ele parte de normas positivas, existindo de fato, "efetivas". Não importa quais; podem ser indiferentemente os princípios do direito histórico ou do regime stalinista, ou da República de Weimar; **o jurista é neutro; pouco lhe importa que estas normas visem ao domínio da raça germânica sobre o mundo, à eliminação dos burgueses, ao desabrochar das liberdades, de outro lado, à justiça. Ele as estuda**. O sábio não cultiva outro valor, segundo Jacques Monod, que o de promover o progresso das ciências positivas, que não têm que conhecer o bem e o mal.
>
> **Discernir o justo é a menor preocupação do jurista**. Que é a Justiça (dizia, mais ou menos, Pôncio Pilatos)? Devemos dar-lhe razão, pelo menos do ponto de vista do sábio, que teremos de ser de agora em diante. Ao decidir os valores surge uma opção irracional, indemonstrável, injustificável, subjetiva de cada ser humano. O sábio não tem nada a dizer a seu respeito, a não ser toma-los como eles são *colocados* por quem quer que seja. A ciência não tem competência sobre o *dever ser*. É um dogma que dita Kant (Kelsen formou-se no idealismo kantiano); o dogma geral do positivismo.
>
> Jamais se levou tão longe a indiferença aos fins do direito. **O kelsenismo mutila o direito por separação de sua causa final**. Pretende fazer dos professores sábios neutros, cérebros sem alma, seres irresponsáveis, prodigalizando seus serviços a *qualquer um*. **O kelsenismo, contudo, teve sucesso** (1977, p. 154-155, grifo nosso).

A tecnicização do Direito chega a tal ponto que há mesmo uma tendência de delegar aos computadores a tarefa de decidir, por meio das fórmulas prontas inseridas à programação destes computadores, nos quais os problemas jurídicos serão tratados e decididos, ou seja, cumprindo as tarefas que cabem a um juiz (VILLEY, 1977, p. 163-164), fato que seria muito conveniente para diversos grupos de poder e revela apenas e tão somente que há uma problemática acerca da justiça que precisa ser solucionada, qual seja a de que ela está doente. Porém, aduzindo, de tudo o que no presente trabalho foi contextualizado, que o Direito pressupõe, rigorosa e irredutivelmente, o pensamento, a ação de explicitar, a argumentação, o manejo dos mais diversos valores, a dialética, inclusive a fala, entre outros elementos, ele tem como condição de existência uma atividade humana, e, portanto, o que sair de uma máquina não pode ser chamado de Direito.

Tem-se como exemplo a crise financeira de 2007-2008 de como a falta de uma formação que não se limite à subsunção dos fatos às normas não permite analisar o campo fenomenológico, do qual advém consequências não apenas sociais e econômicas, como também ao Direito e sua função regulatória e decisória, com a possibilidade de gerar efeitos em cadeia e atingindo os diversos setores da organização social, como é o caso da referida crise permitida pela (omissão da) autoridade regulatória, que também gerou uma crise do Estado:

> Exponenciada pela interconexão de instituições bancárias em escala global, pela extraordinária diferenciação dos tipos de produção e de serviços por elas vendidos ou prestados e pela expansão em ritmo de progressão geométrica das operações financeiras, que no decorrer da década de 2000 movimentaram valores quatro vezes superiores ao Produto Interno Bruto então existente no mundo, a crise financeira de 2007-2008 teve como epicentro o colapso do sistema hipotecário e bancário norte-americano. Ela decorreu da confluência dos mais variados fatores – de causas múltiplas, que se alimentaram reciprocamente e acabaram elevando todos os riscos acima mencionados a níveis não imaginados por analistas econômicos e políticos. Em curto período de tempo, **o que começou como uma bolha especulativa do setor imobiliário norte-americano**, mais precisamente com a concessão de crédito a quem não tinha rendimento suficiente para adquirir casa própria,

> **converteu-se posteriormente numa crise de dívida soberana**, iniciada na Islândia e seguida pela Lituânia e Hungria, **e culminou não apenas numa crise econômica de alcance global mas, acirradas igualmente, numa crise do Estado, abrindo, com isso, caminho para discussões sobre a reconfiguração de seus papéis e atribuições**.
>
> **Alguns fatores responsáveis pela crise de 2007-2008 foram inéditos e específicos, advindos dos movimentos de liberalização econômica, desregulamentação financeira e integração comercial** iniciados três décadas antes, quando as regulações bancárias – como é o caso da lei Glass-Steagall – foram relaxadas ou eliminadas, abrindo caminho para a concentração do setor [...] (FARIA, 2017, p. 32-33, grifo nosso).

Foi revelada, nesse contexto, a falta de transparência de segmentos do setor financeiro e que o Estado-nação soberano sempre arca com a necessidade de solucionar as consequências das atividades dos grupos econômicos, principalmente por subsídios financeiros, bem como a necessidade de uma regulação eficaz, o que começava a ser desenvolvido (FARIA, 2017, p. 43-45), mas tão logo se passaram os sentimentos de tempos sombrios, as mesmas práticas eram retomadas.

Portanto, a autossuficiência de setores da organização social, como o econômico gera muitos riscos a serem suportados por todos, e considera-se, neste caso como exemplo, que não houve erros apenas do mercado, mas também pela falta de regulação e fiscalização por parte do Estado e da incapacidade de seus operadores. O mundo não pode suportar ações estatais de tipos interventivas para ajudar a salvar companhias (FARIA, 2017, p. 48-49), em determinados casos, com "o equivalente ao conjunto da riqueza produzida durante um ano por países como Hungria, Eslovênia, Eslováquia, Polônia, Ucrânia ou Filipinas", se forem comparadas com a situação existencial de muitos povos, a qual não desperta tamanhos sentimentos de responsabilidade.

Não é este o papel do Estado soberano, como demonstram as clássicas concepções, mas também não é possível que sele e feche em um mundo próprio. Deve haver um meio termo no qual sejam inseridas mudanças normativas capazes de promover políticas públicas que permitam o cres-

cimento econômico associado à responsabilidade em todos os âmbitos, principalmente a social; o conhecimento no meio jurídico de toda a complexidade do funcionamento do Estado soberano e a organização social, econômica, jurídica e política, valores necessários em toda e qualquer relação, como e ética, a solidariedade e a distribuição:

> Estado *forte* não é necessariamente um Estado submetido a um regime autoritário, com um pluralismo político limitado e não responsável, sem uma ideologia elaborada e dirigente, ainda que com mentalidades específicas, e no qual um líder ou um grupo exerce o poder dentro de limites formalmente mal definidos. Pelo contrário, um Estado *forte* também pode ser um Estado de Direito submetido a uma Constituição devidamente promulgada, capaz de definir democraticamente as regras do jogo do crescimento econômico – em outras palavras, um Estado capaz de fazer cumprir as leis, adotar barreiras alfandegárias e proteções tarifárias seletivas, implementar políticas fiscais e monetárias expansionistas, impor sistemas tributários progressivos com vistas à distribuição de renda, reconstituir a poupança pública, arbitrar a concorrência, conceber e executar políticas industriais, subsidiar determinados setores produtivos, intervir nos fluxos de capital especulativo e consolidar a posição competitiva dos grupos nacionais. Este é um Estado capaz de recolocar em novos termos – de forma mais interativa com os agentes privados – os desafios do planejamento, da programação econômica e das políticas de desenvolvimento [...].
>
> Portanto, o grande desafio desse tipo de Estado não é apenas produzir arcabouços ou arranjos jurídico-institucionais *fortes*; acima de tudo, é reunir as condições materiais necessárias para assegurar sua eficácia e convertê-los em realidade [...] (FARIA, 2017, p. 74).

Porém, o que ocorre é a diminuição da autoridade do Estado soberano, que possui a competência para normar a conduta humana em suas diversas manifestações, na medida em que ele oferece apenas um ordenamento jurídico positivado, conferindo essa atividade à rigidez das leis e dos códigos, para que operadores realizem a subsunção de fatos às normas,

com excessiva formalidade e cedendo suas funções regulatórias. E, cedendo a setores de poder, permite a desjuridificação, que, como visto, dá azo à procedimentalização e à desregulamentação, que pode gerar danos como a precarização do trabalho:

> Como é sabido, ***desjuridicação*** se dá por meio de um processo de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que costuma ocorrer paralelamente à ruptura dos monopólios estatais, à alienação de empresas públicas, à privatização de serviços essenciais, à entrega de redes sociais de proteção e demais instituições de bem-estar coletivo ao chamado "voluntariado" ou "terceiro setor", à abdicação do poder de regulação ou interferência na fixação de preços salários e condições de trabalho, por parte do poder público. Já na ***procedimentalização*** do direito, os Estados deixam de decidir o conteúdo das leis, limitando-se a estabelecer marcos ou procedimentos para que os diferentes setores sociais possam discutir e negociar as alternativas normativas mais adequadas aos seus respectivos interesses. Em vez de impor regras que comandam fins substantivos a ser compulsoriamente atingidos, a procedimentalização é uma técnica pela qual esses fins podem ser induzidos; os fins substantivos não desaparecem – os meios de atingi-los é que mudam. Em vez de tomar decisões unilaterais e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta, assim, por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor. Dito de outro modo, e isto até certo ponto desafia o argumento *hobbesiano* de que sem o poder público não haveria ordem, o Estado não é quem decide – é, isto sim, quem articula ou tenta articular dinâmicas e processos normativos que não mais conseguem ser por ele determinados de modo exclusivo (FARIA, 2017, p. 113, grifo nosso).

Há a argumentação de que tal tendência não resulta em menos direito, mas em "menos direito positivo" (FARIA, 2017, p. 116). Constata-se que haveria, assim, aparências de mais democracia e participação nas decisões que cabiam ao *imperium* do Estado.

Ocorre que, por todo o exposto, os grupos de setores da organização, como exemplo os econômicos - dentre eles os bancários e financeiros - poderão dizer que não haverá menos direitos, pois a linha de raciocínio razoável para eles é a de que essa tendência é conveniente; mas, também, pode ocorrer que o poder decisório esteja rendido a esses detentores de poderes, e, portanto, questiona-se: o que fazer diante dos interesses econômicos privados? Pode-se esperar, como na crise gerada em 2007-2008, e confiar nas boas intenções dos agentes do livre comércio e seu novo poder de autorregulação, sua preocupação para com os trabalhadores, o meio ambiente, a biodiversidade, a situação existencial dos povos, para quando o sistema estiver em vias de entrar em colapso, por consequências de suas próprias atividades, o Estado soberano aplicar à resolução das crises quantidades indeterminadas em riquezas? Não se sabe até que ponto é benéfico privatizar a competência de normar a conduta humana e também a manifestação do Direito com o pretexto de o Estado soberano não ter acompanhado a sofisticação econômica das empresas.

O positivismo jurídico logrou êxito na busca pela pureza e pelo formalismo, porém demonstrou-se insuficiente. De outro lado, não se mostra como uma solução razoável a desjuridificação, a desregulamentação e a procedimentalização. Portanto, é necessário que haja um novo modelo de análise e de manifestação teórica e empírica do Direito, o qual é possível ser construído a partir da lógica do razoável, formulada por Siches, método que é exercido argumentativa e dialeticamente, axiologicamente, que permite tirar ensinamentos das experiências das civilizações por meio da história (TOMASZEWSKI, 1998, p. 125), entre outros aspectos, e tudo isso partindo de critérios estabelecidos.

A lógica do razoável é a lógica humana, pela qual, observando o Direito vigente e não desrespeitando o ordenamento jurídico, é oferecida a solução mais justa, dentre todas, ao caso a ser decidido pela função jurisdicional (TOMSZEWSKI, 1988, p. 126-127), o que é possível porque é capaz de promover a compreensão dos verdadeiros sentidos, significados e nexos relacionados aos problemas sociais, políticos e jurídicos.

Tomaszewski apresenta por quais meios o emprego da lógica do razoável é realizada e o que a distingue de uma lógica tradicional excessivamente formal:

> Recaséns Siches explica ainda que a estimativa jurídica informa ao intérprete sobre quais são os valores cujo cumprimento devem ou não ser perseguidos pelo Direito, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem-estar geral e paz. Mas há outros que podem ser englobados no conceito do que tradicionalmente se denomina prudência: sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as consequências da aplicação da norma e de sopesar entre vários interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir fins justos, etc.
>
> No intuito de concluir, Siches salienta que a Lógica do Razoável está sempre impregnada por valorações, ou seja, critérios axiológicos. Esta característica valorativa é totalmente estranha à lógica formal ou qualquer teoria da inferência constituindo um dos aspectos que, definitivamente distingue a lógica do razoável da lógica matemática (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 128).

A lógica tradicional formalista, paradigmática e dominante, além de não expressar a situação existencial dos povos e dar azo a arbitrariedades e à desmedida, vem a ser construída tão somente com o fundamento da proteção à propriedade, quando há uma multidão de despossuídos; de outro lado, a lógica do razoável revela as condições humanas como a do desemprego, das desigualdades, das misérias, das suas relações com o meio ambiente, bem como as do progresso nos sentidos científico, jurídico, econômico, social, entre outros, ou seja, o sentido da realidade, o que pode ser deduzido dos fatores que se seguem (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 130):

- a mutabilidade social;
- diversidade de obstáculos para materializar um valor em determinada situação;
- a experiência quanto à adequação de meios para materializar um valor;
- as prioridades emergentes das necessidades sociais, em função dos acontecimentos históricos; e
- a multiplicidade dos valores.

Portanto, é uma das funções da lógica do razoável a antecipação de acontecimentos, ou seja, permite o exercício da previsibilidade de problemáticas jurídicas (TOMASZEWSKI, 1998, p. 131), caracterizadora do Direito e dos resultados que as decisões dos casos concretos geram.

Conclui-se, portanto, que não é possível ignorar, nem seria admissível a tendência que se revela, como se não houvesse qualquer relação dentre a grande quantidade de áreas do conhecimento, do saber e das ciências; mas, de outro lado, a ciência do Direito precisa ter claras e bem definidas quais são as problemáticas relacionadas a ela que impõem propostas de solução, quais são seus objetos, sua linguagem, seus conceitos, axiomas, princípios, noções fundamentais, valores, entre outros elementos para que seus agentes e operadores sejam capazes de defender esta área do saber da incapacidade de agir diante de problemas econômicos, jurídicos, políticos e sociais e a fenômenos, forças e interesses indeterminados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A retórica no direito:** a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

GARCIA, Kelvin Nascimento; CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Da crise do Direito e (falta de) ordem jurisdicional supranacional:** O caso da construção de ponte entre a Rússia e a Crimeia em detrimento da soberania da Ucrânia. Berlim: Novas Edições Acadêmicas, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Org. Osvaldo Coggiola. Trad. Álvaro Pina e Ivana Jinkings. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

TOMASZEWSKI, Adauto de A. **A Lógica do Razoável:** um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito. Ver. De Ciênc. Jur. E Soc. Vol 1. N 1. Unipar, 1998.

VILLEY, Michel Villey. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

WEFFORT, Francisco C (Org.). **Os clássicos da política**. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

RESUMOS

O USO DE NORMAS JURÍDICAS PARA LEGITIMAÇÃO DE ILEGALIDADES: O CASO PANAIR DO BRASIL

Valéria Reis Gravino

"A força do direito deve superar o direito da força"
Rui Barbosa

É sabido e notório que toda forma de regime governamental baseado no autoritarismo, tem como um de seus pilares a utilização de normas jurídicas para legitimar ilegalidades, passando a prática de atos ilícitos a ser justificada como ato perfeitamente legal, uma vez que é previsto em lei (aqui, leia-se norma jurídica -- gênero) e esta, por sua vez, não é passível de contestação, em um cenário de regime governamental ditatorial, seja qual for a orientação ideológica que o norteie.

Seja por questões de opinião pessoal, ideologias, manobras políticas, escopos salutares ou não, ou qualquer outro fim, é cristalino que todas as normas jurídicas são impregnadas de intenções para que se mantenha a coletividade em harmonia, ainda que de forma básica, para que seja possível alcançar o bem-estar social. Ocorre que muitas destas normas podem conter vícios, ou seja; existem normas, que, com o objetivo de equalizar um interesse social, podem trazer em seu bojo, interesses escusos para benefício de um grupo em detrimento de outrem, conforme motivações acima expostas.

Um exemplo emblemático desta ocorrência, é o caso da companhia aérea Panair do Brasil S.A., pioneira e célebre empresa, que reconhecida-

mente, através dos relatórios da Comissão Nacional da Verdade e da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, assim como, em processos judiciais e audiência pública, fora alvo de perseguição política durante o período ditatorial em tela.

Tal perseguição supracitada se deu através de utilização de normas jurídicas. Foram criados mecanismos ditos "legais" para que a referida empresa tivesse sua falência decretada de forma arbitrária, quando desfrutava de plena saúde financeira, posto que seus controladores não eram apoiadores do regime ditatorial e, diga-se de passagem, não eram defensores de ideologias tidas como esquerdistas ou direitistas; e sim, eram defensores da democracia e da constituição até então vigente — logo, opunham-se ao do autoritarismo.

A Panair do Brasil foi uma empresa aérea que prestava verdadeiro assistencialismo dentro e fora do país; equipou nossos aeroportos, utilizava-se de tecnologias de ponta para a aeronavegabilidade, desenvolvidas por empresas do mesmo grupo o qual pertencia, entre outros grandes feitos.

No entanto, a companhia aérea que era conhecida como "embaixada brasileira" no exterior, fora dizimada a partir de despacho do Presidente da República da época, publicado no Diário Oficial de 11.02.1965, que suspendeu a concessão das linhas aéreas da referida empresa, para cedê-las a um grupo concorrente alinhado com o regime vigente, provocando a paralisação operacional da empresa e perda da quase totalidade de suas receitas

Ocorre que a Panair do Brasil era uma empresa plenamente saudável e próspera em todos os seus aspectos, sobretudo o financeiro; era dona de outras companhias — dentre elas se destacava a CELMA - Revisão de Turbinas, hoje pertencente a GE - General Eletric —; equipava os aeroportos do país, obtinha representação e amplo reconhecimento internacional, ocupando o título de segunda maior empresa aérea do mundo. Entre tantos outros predicados, manteve-se no seu compromisso idôneo, quitando todas as suas obrigações com o seu patrimônio, mesmo sem receitas.

Cinco dias após o despacho de suspensão das linhas aéreas que paralisou a empresa, a Panair entrou com um pedido de concordata preventiva que, em cinco dias úteis foi convolada em falência, baseada no argumento contido na sentença do juiz da 6ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que em apertada síntese era o de que se a em-

presa não poderia realizar voos — uma vez que suas linhas aéreas foram cassadas (ainda que de forma irregular e ilegal, pois não houve qualquer tipo de processo ou causa que validasse esta suspensão) — ela não teria receita, e portanto a falência foi decretada. É importante ressaltar, que, esta decisão foi proferida logo após a visita do então Ministro da Aeronáutica ao gabinete do referido juízo, com o fim de exercer pressão para que não fosse concedida a concordata. A falência foi decretada pelo juiz sem c qualquer conhecimento de análises econômicas. Todos os fatos ora narrados foram devidamente documentados e publicados.

Seguiram-se vários decretos que serviram para expropriar bens da companhia, dentre eles o de nº 57.682/66; o Decreto-Lei nº, 107/67 e, posteriormente o Ato Complementar nº 42/69, cujo objetivo era confiscar de acionistas e administradores seus respectivos bens pessoais, caso fosse provada alguma irregularidade entre suas empresas que prestassem serviço ao Estado ou, dele fossem concessionárias.

Ato contínuo, alterando a ordem legal da fixação das prioridades de um processo falimentar, foi emitido o Decreto-Lei nº496, que autoriza que aeronaves de empresas aérea possam ser arrestadas para pagar dívidas de empréstimos com agências financeiras. No caso, a Panair do Brasil mantinha uma linha de crédito com atual Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES (antes, BNDE); e suas aeronaves foram imediatamente cedidas para outras empresas, concorrentes, alugadas por valores de, no mínimo, 50% abaixo do preço de mercado.

Como apenas suspendeu, *sine die*, as autorizações de voo, o governo, também não se sentiu na obrigação, observado o "fato do príncipe", de indenizar os cerca de cinco mil funcionários da Panair do Brasil, o que aconteceu somente muito tempo depois, utilizando-se o seu próprio capital de giro. Deve aqui ser lembrado que a empresa pagou, em dobro, todas indenizações trabalhistas.

Como se não fosse suficiente, e com o fulcro de não permitir que a Panair do Brasil se recuperasse, fora então publicado o Decreto-Lei 669/69, que excluiu do benefício da concordata as empresas que exploram serviços aéreos ou de infraestrutura aeronáutica. E a única companhia aérea que poderia requerer tal benefício, à época, era a Panair do Brasil S.A.

Desta forma, não restou qualquer possibilidade de que a Panair — mesmo sem receitas por ocasião do despacho presidencial que suspen-

deu a concessão de suas linhas aéreas ainda gozava de saudável situação financeira — não tivesse sua falência decretada, levando mais de cinco mil ex-colaboradores ao desemprego, expropriação sem indenização de seus bens e todo um legado de grandes benfeitorias dedicadas ao Brasil, ao fim, tornando tanto pessoa jurídica, quanto pessoas físicas, vítimas da violência jurídica perpetrada pela atuação nefasta do Estado em regime de exceção, quando fora vilipendiada a democracia, instaurando-se uma verdadeira *via crucis* para todos os vitimados, a partir de uma saga de perseguições sem tréguas, sobretudo através de normas jurídicas, configurando-se uma espécie de "*lawfare*".

Portanto, conclui-se de forma cristalina e indubitável, que as normas jurídicas podem ser utilizadas para legitimar abusos, arbitrariedades, crimes, ilegalidades e ilicitudes de toda espécie. Há que se cuidar para que tantas outras normas disfarçadas de interesse social ou desenvolvimentista, acabem por legitimar, até os dias atuais, tantas outras atrocidades cometidas "em nome da lei".

Uma das irrefutáveis provas do acima exposto, em direta e apropriada analogia, são as alegações dos réus submetidos pelo Tribunal de Nuremberg, que contestavam a culpabilidade de seus crimes bárbaros respaldados na legislação permissiva à prática execrável de seus atos inomináveis.

A partir disto, têm-se então, um modelo contumaz, em quase todos os regimes de exceção: a criação de novas normas jurídicas travestidas de bem-estar social, cujo o foco é legitimar interesses particulares de determinado grupo, para que, com base nelas, sejam perpetradas todas as ilegalidades que se pretenda praticar, porém, sempre "em nome da lei".

No Brasil, a legislação que talvez possa ser comparada, ainda que em essência, seria a chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.686/79), onde basicamente, os crimes cometidos tanto pelo lado dos militares, durante o regime exceção, quanto pelo lado dos militantes de movimentos radicais contrários ao regime ditatorial, seriam anistiados.

Porém, a dúvida remanesce: e aqueles que foram barbaramente violados, sem ter cometido crime algum e cujos algozes não foram punidos, como poderão ter reparados tantos direitos violados, a catástrofe, a memória, a destruição moral, material, psicológica, física, histórica, entre outros tantos campos? Qual o caráter pedagógico para efeito de aprendizado social e a segurança jurídica ofertada à coletividade nacional e ao mundo,

que tenha como fim, a firme proteção e garantia de que tais atrocidades nunca mais ocorram, e caso ocorram, sejam duramente aniquiladas, para que se tenham todos os direitos humanos e sociais severamente salvaguardados e assim como as respectivas políticas públicas neste sentido? Sobretudo porque, as práticas atrozes que violam direitos humanos, não são passíveis de anistia ou qualquer forma de prescrição.

Não obstante, conclui-se que, enquanto não se aplicarem, adequadamente as normas jurídicas, com julgamentos justos e não baseados em interesses particulares; enquanto não houver integral respeito por parte das cortes e respectivos julgadores na aplicação de tais normas com total lisura e imparcialidade; enquanto não existirem políticas públicas *sine qua non*, promotoras reais de proteção de direitos; enquanto ainda existirem normas que ainda remanescem do chamado "lixo autoritário" e que promovam interesses escusos disfarçados de proteção social; ainda estaremos muito longe do verdadeiro conceito de bem-estar social que a nossa Constituição Federal esperou promover ao fim dos anos de chumbo.

A partir de tantos casos de violações extremas como o caso Panair do Brasil — que de tão extenso e tão rico em termos de história e direitos aniquilados sob diversos aspectos, torna-se impossível esgotá-lo — verifica-se que a ausência de atuação nesta seara é de natureza gravíssima, requerendo medidas urgentes e tutela integral do Poder Judiciário para combater barbáries que vêm se repetindo ao longo de décadas, cada qual travestida sob novos disfarces. Até porque, a violação dos direitos da empresa em comento permanece até os dias atuais, quando não há amparo judicial ou quando esta se dá de forma incorreta ou sem prazo para ser prestada, mesmo que existam leis que amparem amplamente o seu direito.

Sendo assim esta omissão, seja provocada ou não, nos permite continuar a perpetuar a máxima de Rui Barbosa: *"A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta"*, a partir do momento em que nossas políticas públicas ou a falta delas, estimulam a manter vulnerável a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS:

Câmara dos Deputados. Lei nº 669/1969. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-669-3-julho-1969-374176-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 13/10/19.

Colégio Nacional. O julgamento de Nuremberg. Disponível em: https://www.nacionalnet.com.br/wp-content/uploads/2014/03/Gia-de-Estudos_Tribunal-de-Nuremberg.pdf. Acesso em: 13/10/02019.

G1Pop & Arte. Intérprete de Julgamento de Nuremberg diz que nazistas não se arrependeram. Disponível em: http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/11/interprete-de-julgamento-de-nuremberg-diz-que-nazistas-nao-se-arrependeram.html. Acesso em: 13/10/2019.

GRAVINO, Valéria. O empreendedorismo exemplar de Celso da Rocha Miranda. Disponível em:https://www.empreendedor.com/o-empreendedorismo-exemplar-de-celso-da-rocha-miranda/. Acesso em: 13/10/2019.

MIRANDA, Rodolfo da Rocha. Panair do Brasil: Síntese dos Fatos Históricos. 1. ed. Rio de Janeiro: Amazon, 2019.

SASAKI, Daniel Leb. Comissão da Verdade confirma que aérea Panair foi fechada por motivos políticos. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-confirma-que-aerea-panair-foi-fechada-por-motivos-politicos.html. Acesso em 13/10/2019.

SASAKI, Daniel Leb. Pouso Forçado- a história por trás da destruição da Panair do Brasil pelo regime militar. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record Ltda, 2015.

Site do Planalto. Lei nº 6.683/79. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm

O DECRETO N° 9.759/2019 E A REDUÇÃO DO ESPAÇO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Fabrício Manoel Oliveira

No dia 11 de abril de 2019 foi assinado pelo Presidente da República Federativa do Brasil o Decreto n° 9.759/2019, que extinguiu todos os colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, formados em conjunto com a sociedade civil, bem como criou uma série de regras sobre a apresentação de propostas para a criação de novos colegiados, as quais deveriam ser encaminhadas à Casa Civil da Presidência da República até 28 de maio de 2019.

Segundo o chefe do Executivo nacional, a extinção teve como objetivo proporcionar "gigantesca economia, desburocratização e redução do poder de entidades aparelhadas politicamente usando nomes bonitos para impor suas vontades, ignorando a lei e atrapalhando propositalmente o desenvolvimento do Brasil, não se importando com as reais necessidades da população" (FERNANDES; FERNANDES, 2019).

Contudo, com o esgotamento do prazo para a apresentação das propostas, somente 32 conselhos foram recriados, o que representa cerca de 1,2% do total de 2.593 colegiados anteriormente ligados ao governo (SACONI; ALEIXO; MAIA, 2019).

Em que pese a restrição parcial do ato por parte do Supremo Tribunal Federal, que momentaneamente a supressão de conselhos que tenham amparo em lei, por usurpação de competência, somente permitindo que se dissolva aqueles criados por decreto ou normas infralegais (COLET-

TA; FARIA, 2019), nota-se uma drástica redução da participação da sociedade civil no governo.

Conselhos como o Comitê de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a Comissão Nacional de Erradicação contra o Trabalho Infantil, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e o Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT, deixaram, assim, de existir.

Ocorre que os conselhos participativos possuem papel fundamental em uma sociedade democrática, isto porque comportam a atuação da sociedade em conjunto com o governo, em uma espécie de auxílio mútuo para proporcionar uma tomada de decisão mais participativa e inclusiva.

Evita-se, neste ponto, qualquer tipo de deliberação unilateral por parte do Estado, pelo contrário, a comunidade é chamada para atuar ativamente nas políticas públicas que lhe são direcionadas, com alto grau de especialidade.

Não é sem fundamento que José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 426-431) afirma que uma das possibilidades de democratização da democracia perpassa justamente pela participação, que representa a inclusão das pessoas e a intensificação de seus poderes no processo decisório.

Para ele, a participação popular no processo democrático pode se dar de três formas diferentes, através da participação não vinculante, que é aquela que se dá nos processos decisórios por meio de protestos, exposições etc; da participação vinculante, que é a participação na própria deliberação, tal como ocorre com os conselhos participativos; e da participação vinculante e autônoma, calcada na substituição de um poder tradicional por outro. Seja como for, a gestão participativa, em último grau, promove uma luta contra a "opacidade burocrático-tecnocrática" (CANOTILHO, 1993, p. 429).

Ocorre que, ao se abrir mão de tal processo participativo, perde a sociedade em qualidade democrática, o espaço público deixa de ser integrado com o contexto comunitário, e o Estado, que deve ser construído a partir da dialética e do consenso (BONAVIDES, 2001, p. 151), cede passo para a imperatividade, em desacordo com a consagração da plena cidadania da pessoa e do princípio democrático.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Decreto n° 9.759, de 11 de abril de 2019. **Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acesso em: 12.08.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COLETTA, Ricardo Della; FARIA, Flávia. **STF forma maioria para restringir extinção de conselhos federais por Bolsonaro**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/supremo-forma-maioria-para-barrar-extincao-de-conselhos-federais-por-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 12.08.2019.

FERNANDES, Anais; FERNANDES, Talita. **Bolsonaro enaltece extinção de conselhos federais com atuação da sociedade civil**. Folha de São Paulo. 14 de abril de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/bolsonaro-enaltece-extincao-de-conselhos-federais-com-atuacao-da-sociedade-civil.shtml>. Acesso em: 12.08.2019.

SACONI, João Paulo; ALEIXO, Isabela; MAIA, Gustavo. **Decreto do governo Bolsonaro mantém apenas 32 conselhos consultivos**. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/decreto-do-governo-bolsonaro-mantem-apenas-32-conselhos-consultivos-23773337>. Acesso em: 12.08.2019.

O PLANEJAMENTO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO MARCO DA LEI 13.848/19

Bernardo de Farias Martins

Palavras-chave: Planejamento - Gestão - Políticas Públicas - Agências Reguladoras - Eficiência.

Objetivo do Trabalho

Analisar o *planejamento* como instrumento para *gestão eficiente* de *políticas públicas* pelas *agências reguladoras* no marco da Lei 13.848/19.

Procedimento Metodológico

Primeiramente, *constatou-se* densa normatização do planejamento como instrumento de gestão de *políticas públicas* pelas agências reguladoras no marco da Lei 13.848/19. Em seguida, *estabeleceu-se a hipótese* de que tal densidade normativa tivesse como *causa* a parca previsão nas leis das agências acerca do tema e como *consequência* o incremento do planejamento como instrumento para uma gestão mais eficiente de *políticas públicas* pelas agências reguladoras. Por fim, no intuito de verificar a validade da hipótese, *investigou-se*, por meio das leis gerais e setoriais que regem as agências,

bem como de bibliografia específica, o entendimento mais adequado da matéria, tendo-se chegado às *conclusões* abaixo.

Conclusões

O novo marco legal das agências reguladoras (Lei 13.848/19) positivou as agências como órgãos setoriais vinculados aos *sistemas de planejamento federal*, com objetivo de cumprir as *políticas públicas dos setores* definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, instituiu o *planejamento* por meio dos seguintes instrumentos: *relatórios anuais, planos estratégicos*, *planos de gestão anuais* e *agendas regulatórias*. Os *relatórios anuais* destacarão o cumprimento das *políticas públicas dos setores*, definidas pelo Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos *planos* das agências. Quanto ao cumprimento das *políticas públicas dos setores*, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo a definição das *políticas dos setor*es e às agências regular, com autonomia técnica, o modo de exercício da atividade econômica dentro das balizas delimitadas pelas referidas políticas (ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 117). No ponto, registre-se que a *política pública* é instrumentalizada por meio dos documentos formais que compõem o *planejamento* (BERCOVICI, 2015, p. 19-21). Nesse sentido, devem as agências, no exercício da atividade de regulação, atuar dentro da esfera política estabelecida pelo Legislativo e Executivo, com vinculação ao *planejamento* (ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 117). Já quanto aos *planos* das agências, temos os *planos estratégicos*, que, quadrienais, serão compatíveis com o Plano Plurianual e conterão os objetivos, metas e resultados estratégicos; os *planos de gestão anuais*, que, alinhados às diretrizes dos *planos estratégicos*, contemplarão ações, resultados e metas para o ano; e as *agendas regulatórias*, que integrarão os *planos de gestão anuais* e deverão ser alinhadas aos *planos estratégicos*, tendo como objetivo o *planejamento das atividades normativas* das agências reguladoras. O incremento do planejamento na nova lei teve como *causa formal* a inexistência de lei geral que regulamentasse o caráter determinante do planejamento às agências, nos termos do art. 174 CF, e como *causa material* o *déficit de planejamento* (ADRI, 2007, pg. 172-173), a *falta de transparência* (ADRI, 2007, pg. 106 e 132-133), a *ausência de uniformidade no*

planejamento das agências (ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016, p. 116) e a geração de *resultados* regulatórios *ineficientes* (ADRI, 2007, pg. 10 e 144) na gestão de *políticas públicas* pelas agências reguladoras. Como *consequência formal*, o incremento do planejamento na nova lei geral das agências regulamenta o art. 174 CF, suprindo a omissão legislativa existente, e como *consequência material* promove o *planejamento*, a *transparência*, a *uniformidade no planejamento das agências* e a geração de *resultados* regulatórios *eficientes* na gestão de *políticas públicas* pelas agências reguladoras, sendo portanto a recente Lei 13.848/19 norma digna de esperança no avanço do *planejamento* como instrumento imprescindível à consecução de *políticas públicas eficientes* em ambientes econômicos regulados.

Referências Bibliográficas:

ADRI, Renata Porto. O planejamento da atividade econômica como dever do Estado. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039529.pdf. Acessado em 20/09/2019.

BERCOVICI, Gilberto. Estado, planejamento e direito público no Brasil contemporâneo. In.: CARDOSO JUNIOR, José Celso; SANTOS, Eugênio A. Vilela dos (Org.). PPA 2012-2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática / organizadores: José Celso Cardoso Jr., Eugênio A. Vilela dos Santos. – Brasília: IPEA, 2015.

Processo administrativo nas agências reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

INTERDISCIPLINARIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Alessandra Bentes T. Vivas, Rodrigo Chaves,
Rosangela Tremel, Sergio de Souza Salles
(orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019