ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: INDICADORES E PRÁTICAS

CANOAS, 2016.

C749a Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle (2.: 2016: Canoas, RS)

Anais [recuso eletrônico] / II Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, 2 a 4 de junho em Canoas, RS. - Canoas, Unilasalle, 2016.

Disponível em: http://www.sociologyoflaw.com.br/midia
Colaboração: Research Committee on Sociology of Law da Interanational Sociological Association, Cátedra UNESCO Direitos Humanos LaSalle Costa Rica, Programas de Pós-Graduação do Unilasalle/Canoas, Universidade de la República (Uruguay)
Tema central: "Movimentos contra-hegemônicos e direitos humanos em uma sociedade global."
Organizadores: Germano Schwartz, Dirleia Sarmento, Delmar Bizani, Lucas Graeff e Rubens Kautzmann.
Inclui referências.
ISSN: 2448-1696

1. Direito – Anais. 2. Direito – Congresso I. Título.

CDD 340.115

Bibliotecária responsável:
Maritza Silveira Martins
CRB 10/1741

O DIREITO À EDUCAÇÃO: UM OLHAR SOBRE OS INDICADORES DE EDUCACÃO DE QUALIDADE E SUAS DECORRÊNCIAS PARA AS PRÁTICAS EDUCATIVAS

Jardelino Menegat [1]
Mary Rangel [2]
Dirléia Fanfa Sarmento [3]

RESUMO: Este artigo apresenta reflexões sobre a educação de qualidade, as quais são decorrentes de pesquisas de cunho bibliográfico e documental, realizadas pelos autores, tendo como centralidade analítica-discursiva a educação de qualidade como um direito de todos. A educação de qualidade, neste artigo, é analisada sob a perspectiva polissêmica, em função das múltiplas significações e interpretações pelas quais ela pode ser vista. Analisa, com base na Técnica de Análise de Conteúdo proposta por Bardin, estudos conduzidos por autores brasileiros e documentos (internacionais e nacionais) difundidos a partir da década de noventa, que discutem a educação de qualidade, fazendo um recorte nos indicadores de qualidade e suas decorrências para as práticas educativas. A análise bibliográfica e documental, mesmo sendo um recorte das produções e dos dispositivos legais existentes, possibilita-nos constatar que apesar da preocupação recorrente por parte dos gestores educacionais de vários países e da existência de dispositivos, políticas e programas educacionais sobre esta temática, não se registram avanços significativos sobre a melhoria da qualidade da educação no sistema educacional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação. Educação de qualidade. Indicadores e práticas educativas.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta reflexões sobre a educação de qualidade, as quais são decorrentes de pesquisas de cunho bibliográfico e documental, realizadas pelos autores, tendo como centralidade analítica-discursiva a educação de qualidade como um direito de todos. Analisa, com base na Técnica de Análise de Conteúdo proposta por Bardin, estudos conduzidos por autores brasileiros e documentos (internacionais e nacionais) difundidos a partir da década de noventa, que discutem a educação de qualidade, fazendo um recorte nos indicadores de qualidade e suas decorrências para as práticas educativas.

A educação tem sido firmada como um direito de todos, direito esse a ser assegurado juntamente com os demais previstos nos dispositivos legais vigentes no âmbito nacional, destacando-se dentre estes a Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil,1988); a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Brasil, 1996); e as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica (Brasil, 2013). No âmbito internacional, como principais dispositivos, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Mundial Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem[4] (mundialmente conhecido como EPT); o Marco de Ação de Dakar - Educação para

---

1 Doutorando em Educação pelo Centro Universitário La Salle (Canoas/RS). Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Reitor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – UNILASALLE – RJ. Chanceler da Universidade Católica de Brasília – UCB. E-mail: jardelino.menegat@lasalle.org.br.

2 PhD em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutora em Educação pela Federal do Rio de Janeiro. Professora do Programa de Pós-graduação em Educação pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: mary.rangel@lasalle.org.br.

3 PhD em Ciência da Educação pela Universidade de Algarve – Portugal. Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora do Programa de Pós-graduação em Educação do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE, Canoas – RS. E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br.

4 De acordo com Vieira (2001, p. 63): "É a partir da Conferência de Jomtien que o Brasil passa a integrar um grupo de países em desenvolvimento com problemas de universalização da educação básica e de analfabetismo

Todos: Cumprindo nossos Compromissos Coletivos (2000); A educação que queremos para a geração dos bicentenários: As Metas Educativas 2021 (2008) e a Declaração de Inchoen (2015). Todos estes dispositivos têm como centralidade a proposição de metas e estratégias que viabilizem a educação de qualidade.

A educação de qualidade, neste artigo, é analisada sob a perspectiva polissêmica, em função das múltiplas significações e interpretações pelas quais ela pode ser vista. Entretanto, partimos do ideário da educação de qualidade social, apresentada nas Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica, compreendendo que ela

> [...] é uma conquista a ser construída de forma negociada, pois significa algo que se concretiza a partir da qualidade da relação entre todos os sujeitos que nela atuam direta e indiretamente. Significa compreender que a *educação é um processo de socialização da cultura da vida, no qual se constroem, se mantêm e se transformam conhecimentos e valores*. Socializar a cultura inclui garantir a presença dos sujeitos das aprendizagens na escola. Assim, a qualidade social da educação escolar supõe a sua permanência, não só com a redução da evasão, mas também da repetência e da distorção idade/ano/série. (BRASIL, 2013, p.16, grifo do documento).

A educação pode ser entendida como uma prática social que acontece em diferentes espaços e momentos da produção da vida social. Com isso, queremos dizer que a educação escolar não é a única a desempenhar o papel formativo das pessoas, embora compreendamos que a qualidade da educação é um fenômeno complexo, pois interagem nesse processo diversas variáveis. Assim, conforme destaca Lück (2009, p. 19):

> A educação é um processo organizado, sistemático e intencional, ao mesmo tempo em que é complexo, dinâmico e evolutivo, em vista do que demanda não apenas um grande quadro funcional, como também a participação da comunidade, dos pais e de organizações diversas, para efetivá-lo com a qualidade necessária que a sociedade tecnológica da informação e do conhecimento demanda. Como um processo social de formação humana, a educação se assenta sobre fundamentos, princípios e diretrizes para norteá-lo e dar unidade e consistência às ações educacionais promovidas pelas escolas, na promoção da formação e aprendizagem das crianças, jovens e adultos que frequentam o estabelecimento de ensino. Em vista disso, dada a abrangência das redes e sistemas de ensino, torna-se necessário haver legislação nacional, estadual e local capaz de nortear nas escolas sua jurisdição segundo princípios unitários de qualidade.

Reconhecemos que em nosso tempo estão ocorrendo relevantes modificações no modo de ensinar e de aprender, principalmente com o aumento do uso de tecnologias e o aprimoramento de novas maneiras de gerar conhecimentos. Dessa forma, faz-se necessária a busca de uma nova reflexão no processo de educar e de aprender, tanto dentro como fora do espaço escolar. A sociedade atual se vê confrontada com o avanço acelerado que ocorre à sua volta, onde o desenvolvimento e as descobertas acontecem em frações de segundos, e o aluno e o professor se defrontam com muito mais perguntas do que respostas.

Com todas essas possibilidades, a sociedade de nossa época precisa ajudar os educadores a selecionarem as tecnologias mais adequadas para determinado conteúdo. No dizer de Marchessou, hoje temos

> [...] excesso nas mídias, onde as performances tecnológicas e o consumo de informação submergem, "anestesiam" a capacidade de análise dessa informação e de

(Education for All-9, ou EFA-9, referindo-se o número nove ao total de países integrantes deste acordo), no âmbito do qual são estabelecidas várias diretrizes". Além do Brasil, integram tal grupo a China, o Egito, a Índia, a Indonésia, o México, a Nigéria e o Paquistão.

> reflexão tanto individual quanto social. Saturação e superabundância ameaçam o navegador da Internet que, como certas pesquisas mostram, não tira partido das riquezas de informação pertinente, não estando formado para ir diretamente ao essencial. (MARCHESSOU, 1997, p.15, grifo do autor).

Neste contexto em constantes mudanças, a escola necessita buscar e rever suas práticas educativas que hoje são processos em permanente construção, e que necessariamente vão da vida para a escola e da escola para a vida. Para que as práticas educativas contribuam para os processos formativos das pessoas é importante que sejam, constantemente, foco de reflexão e revisão por parte de todos os envolvidos nesse processo, contemplando desde os professores, alunos, equipe diretiva, equipe técnico-administrativa e familiares dos estudantes. Os indicadores de qualidade educacional, oriundos de Sistemas de Avaliações Externas, por exemplo, podem servir como um subsídio a mais a ser considerado para a análise e reflexão sobre a qualidade educacional. Igualmente, cada instituição educativa, seja ela de Educação Básica ou Superior, com base no que prevê a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN/1996), além da Avaliação Externa, deve criar mecanismos que possibilitem a Avaliação Institucional de forma sistemática e contínua. Dessa forma, entendemos que a articulação dos resultados obtidos entre as três dimensões avaliativas previstas na LDBEN/96 (avaliação da aprendizagem, avaliação institucional e avaliação externa), poderão contribuir sobremaneira para o diagnóstico e a proposição de estratégias que contribuam para a melhoria da qualidade educacional em cada contexto.

Feitas tais considerações, desenvolveremos nas seções que seguem, os três conceitos centrais oriundos do próprio título do artigo, a saber: *educação de qualidade, indicadores de qualidade* e *práticas educativas* e, no final, apresentaremos algumas considerações a partir do estudo realizado.

2 EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: UM CONCEITO POLISSÊMICO

UNILASALLE CANOAS-RS

O tema da educação de qualidade é complexo, e por isso existem várias abordagens pelos autores que a conceituam, analisam e discutem sob vários ângulos. A educação está relacionada à vida das pessoas, ao seu bem viver e à dinâmica da gestão das instituições. Há um conjunto de variáveis intra e extraescolares, que interferem na qualidade da educação, entre elas, até mesmo a concepção do que se entende por educação ou educação de qualidade. Oliveira e Araújo confirmam essa dificuldade de conceituar a educação de qualidade:

> Qualidade é uma palavra polissêmica, ou seja, comporta diversos significados e por isso tem potencial para desencadear falsos consensos, na medida em que possibilita interpretações diferentes do seu significado segundo diferentes capacidades valorativas. (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005, p. 7).

Não basta melhorar um aspecto da vida das pessoas e das instituições para melhorar a educação como um todo. Se fosse tão fácil resolver o desafio da qualidade da educação, os governos já teriam encontrado a solução. Saviani, ao referir-se à qualidade da educação que os governos precisam ter presente, assim se expressa:

> As medidas tomadas pelo governo, ainda que partam das necessidades reais e respondam com alguma competência a essas necessidades, padecem de uma incapacidade congênita de resolvê-las. A lógica que preside as torna presas de um círculo vicioso eivado de paradoxos: as crianças pobres teriam melhor rendimento escolar se seus pais participassem mais ativamente da educação escolar dessas crianças; mas para isso eles deveriam ter um melhor e mais alto nível de instrução, precisamente o que lhes foi negado. As crianças pobres teriam êxito na escola se não precisassem trabalhar; mas elas precisam trabalhar exatamente porque são pobres. Há

> que romper o círculo vicioso por algum ponto. E o ponto básico é o dos investimentos. É necessário definir a educação como prioridade social e política, passando a investir imediata e fortemente na construção e consolidação de um amplo sistema nacional de educação, pois o investimento na educação traz frutos que proporcionam retornos positivos para o exercício da cidadania. (SAVIANI, 2008, p. 5).

Hoje, vivemos numa sociedade de múltiplas oportunidades de aprendizagens, que trazem decorrências para as instituições educativas, para o professor e para a sociedade em geral. O modo de ensinar e de aprender está em constante processo de mudança para poder adaptar-se à realidade, ao contexto e até mesmo para a individualidade da pessoa. Com o advento da era da informação e da tecnologia, a escola e a universidade deparam-se com novos espaços de formação. Estas, deixam de ser as detentoras da informação e do conhecimento e passam a ser construtoras e reconstrutoras de saberes e conhecimentos socialmente significativos. Demo, ao se referir à educação de qualidade da escola e da universidade, assim se expressa:

> Qualidade formal significa a habilidade de manejar meios, instrumentos, formas, técnicas, procedimentos diante dos desafios do desenvolvimento. Entre eles, ressaltam manejo e produção de conhecimento. São o expediente primordial de inovação. Qualidade política quer dizer a competência do sujeito em termos de se fazer e de fazer história, diante dos fins históricos da sociedade humana. É condição básica da participação. Dirige-se a fins, valores e conteúdos. É naturalmente ideológica, porque definição política é sua marca, perdendo qualidade, se ideologia se reduzir a justificações desumanas e a partidarismos obtusos. Inclui ética na política. (DEMO, 2012, p. 14).

Diante desse cenário, a qualidade da educação precisa ser vista e compreendida de forma sistêmica em todos os níveis de ensino. O sistema educacional deveria ser formado por partes inter-relacionadas e não por compartimentalização dos conteúdos, pois a vida não é fragmentada. A educação de qualidade necessariamente passa por uma integração sistêmica entre os diversos níveis de ensino e dos conteúdos programáticos de nossas instituições educativas. Cada vez mais busca-se a multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade. Santomé apresenta a hierarquização dos níveis de colaboração e integração entre as disciplinas:

> Multidisciplinaridade: o nível inferior de integração. Ocorre quando, para solucionar um problema, busca-se informação e ajuda em várias disciplinas, sem que tal interação contribua para modificá-las ou enriquecê-las. Esta costuma ser a primeira fase da constituição de equipes de trabalho interdisciplinar, porém, não implica em que necessariamente seja preciso passar a níveis de maior cooperação. Interdisciplinaridade: segundo nível de associação entre disciplinas, em que a cooperação entre várias disciplinas provoca intercâmbios reais; isto é, existe verdadeira reciprocidade nos intercâmbios e, consequentemente, enriquecimentos mútuos. Transdisciplinaridade: é a etapa superior de integração. Trata-se da construção de um sistema total, sem fronteiras sólidas entre as disciplinas, ou seja, de 'uma teoria geral de sistemas ou de estruturas, que inclua estruturas operacionais, estruturas de regulamentação e sistemas probabilísticos, e que una estas diversas possibilidades por meio de transformações reguladas e definidas'. (SANTOMÉ, 1998, p. 70).

Percebemos que a expressão *educação de qualidade* varia de acordo com os interesses dos interlocutores. Para uns a educação de qualidade está associada ao acesso à informação; para outros, a qualidade da educação é o acesso à escola, por isso é muito difícil conceituar educação de qualidade.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), ao se referir à educação de qualidade, assim a define:

> A qualidade se transformou em um conceito dinâmico que deve se adaptar permanentemente a um mundo que experimenta profundas transformações sociais e econômicas. É cada vez mais importante estimular a capacidade de previsão e antecipação. Os antigos critérios de qualidade já não são suficientes. Apesar das diferenças de contexto, existem muitos elementos comuns na busca de uma educação de qualidade que deveria capacitar a todos, mulheres e homens, para participarem plenamente da vida comunitária para serem cidadãos do mundo. (UNESCO, 2001, p. 1).

A educação, para ser de qualidade, precisa trabalhar de forma integrada e processual e, de tal maneira, os professores e alunos precisam conversar, dialogar e interagir para que os conteúdos sejam motivadores para a aprendizagem. O aluno precisa ser preparado para a vida, e a vida é constituída por situações imprevisíveis.

Hoje, tanto os professores como os alunos têm mais perguntas do que respostas prontas e pré-definidas. Portanto, educação de qualidade é um processo contínuo de busca, de construção e reconstrução de saberes e de modos de ser, conviver e agir.

A educação de qualidade deve ser discutida e compreendida amplamente, envolvendo as condições extra e intraescolares, bem como os diferentes atores individuais e institucionais que participam do processo educativo, alunos, professores, pais, coordenação e gestores educacionais.

Demo reforça que não há como desenvolver educação de qualidade sem a participação de vários agentes da sociedade e da própria escola, portanto, há de ser uma preocupação coletiva, como percebemos na citação que segue:

> [...] o construtivo e o participativo. O desafio construtivo aponta para a capacidade de iniciativa, autogestão, [...]. Realça a condição de sujeito histórico capaz, que não se deixa levar, mas busca comandar, com autonomia e criatividade o processo de desenvolvimento. Para tanto, persegue dotar-se das instrumentações mais decisivas, nomeadamente conhecimento, que é a maneira mais eficiente de fazer e inovar a história. O desafio participativo aponta para a capacidade de inovar para o bem comum, tendo como objetivo uma sociedade marcada por paz, democracia, equidade e riqueza. A melhor expressão da qualidade é a participação, pois participação é intrinsecamente obra humana comum. Participação é processo exclusivo humano, que potencia a convivência social da forma mais digna conhecida, fazendo da história experiência orientada pelo bem comum. (DEMO, 2012, p. 19-20).

Nessa linha reflexiva, Libâneo, Oliveira e Toschi, 2003 (p. 117-118), destacam que a educação de qualidade é

> [...] aquela mediante a qual a escola promove, para todos, o domínio dos conhecimentos e o desenvolvimento de capacidades cognitivas e afetivas indispensáveis ao atendimento de necessidades individuais e sociais dos alunos, bem como a inserção no mundo e a constituição da cidadania também como poder de participação, tendo em vista a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Qualidade é, pois, conceito implícito à educação e ao ensino.

Com isso, queremos dizer que fazer educação de qualidade implica em vários processos e estratégias, entre outros, o mapeamento dos diversos elementos que interagem no processo de aprender e de ensinar, e o envolvimento de muitos interlocutores do processo de ensinar e de aprender.

3 INDICADORES DE QUALIDADE

Os indicadores de qualidade das instituições de ensino são referências significativas ao aperfeiçoamento das práticas, propiciando dados e análises substanciais à sua autoavaliação e seus

aperfeiçoamentos, como também, no caso do Ensino Superior, às avaliações por Comissões Externas, no interesse do credenciamento e recredenciamento da instituição e dos cursos.

Esses indicadores formulam-se no plano fundacional em perspectivas mais amplas, que se propõem em nível nacional e internacional, e em parâmetros de avaliação das instituições, regulamentados em documentos específicos de instâncias do Ministério da Educação.

Também, no estudo de Freitas (2004), encontramos os indicadores de maior alcance nacional da avalição da escola básica e superior, incorporando aqueles que se apresentam no Exame Nacional do Ensino Médio e os que se propõem nos procedimentos de avaliação dos alunos, encontrando referências em indicadores de acesso ao Ensino Superior e ao mercado de trabalho.

Com respeito a indicadores da qualidade do conhecimento oferecido na escola básica, Freitas (2004) leva em conta indicadores normativos nacionais, como os apontados por parâmetros curriculares e pelos indicadores de competências a serem desenvolvidas no processo de ensino-aprendizagem em nível fundamental e médio, verificadas através do Exame Nacional do Ensino Médio/ENEM e do Sistema de Avaliação da Educação Básica/SAEB. O autor também leva em conta o Sistema de Avaliação da Educação Superior/SINAES, ressalvando, entretanto, ao concluir seu estudo, a dúvida sobre a eficácia de uma [...] "extensa e intensa ação normativa governamental, bem como a regulação federal da Educação Básica pela via da avaliação/medida". (Freitas, 2004, p. 685).

Em Ribeiro, Ribeiro e Gusmão (2005) encontram-se fatores de qualidade para a mobilização da escola, incluindo indicadores de avaliação do Sistema Educacional Brasileiro, como também os Parâmetros Curriculares de aplicação nacional, além da escuta de segmentos da sociedade. Dada a complexidade de delimitar atributos potencializados pela diversidade de indicativos decorrentes de múltiplas referências teóricas e conceituais, os autores optaram por sete dimensões de aplicação nacional:

UNILASALLE CANOAS-RS

1. Ambiente educativo;
2. Prática pedagógica;
3. Avaliação;
4. Gestão escolar democrática;
5. Formação e condições de trabalho dos profissionais da escola;
6. Ambiente físico e escolar;
7. Acesso, permanência e sucesso na escola (RIBEIRO; RIBEIRO, GUSMÃO, 2005, p. 240).

Na dimensão *ambiente educativo* encontram-se indicadores como "respeito, solidariedade, disciplina, inclusão, exercício de direitos e deveres". Na dimensão *prática pedagógica*, o núcleo dos indicadores é o de "fazer com que os alunos aprendam e adquiram o desejo de aprender mais". Na dimensão *avaliação*, os autores realçam a avaliação formativa, de processo, e a utilização de meios diversificados, "possibilitando inter-relacionar diferentes capacidades dos alunos". Na dimensão *gestão escolar democrática*, realçam-se o "compartilhamento de decisões e a preocupação com a qualidade". Na dimensão *formação e condições de trabalho dos profissionais da escola*, destaca-se a atenção a práticas que garantam as aprendizagens, a exemplo da transposição didática, ou seja, da aplicação do conhecimento. Na dimensão *acesso, permanência e sucesso na escola*, realçam-se ações que favoreçam a fidelização dos alunos (RIBEIRO; RIBEIRO; GUSMÃO, 2005, p. 241-244). Nesse aspecto da formação docente vale considerar o estudo de Sarmento e Fossatti (2010) e o pensamento de Belmonte (2010, p. 685) na abordagem de implicações do ensino por competência:

> *Desde el momento que asumimos las competencias, como nuevo constructo formativo, el rol de los docentes se transforma, ya que deja de ser el depositario único de los saberes, para desempeñar más una función de organizador, guía y orientador de todos los procesos de enseñanza-aprendizaje.*

Na Educação Superior os indicadores são regulados por diretrizes normativas que, no caso brasileiro, são definidas pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior/SINAES, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais/INEP e pela Diretoria de Avaliação da Educação Superior/DAES. Essas diretrizes apontam cinco eixos à autoavaliação institucional, contemplando dez dimensões definidas pelo SINAES, que se aglutinam em cinco eixos avaliativos a serem contemplados, anualmente, na Autoavaliação Institucional:

Eixo 1 – Planejamento e Avaliação Institucional: considera a dimensão 8 (Planejamento e Avaliação) e os principais elementos do processo avaliativo (interno e externo), requerendo relatórios anuais elaborados pela Comissão Própria de Avaliação (CPA).

Eixo 2 – Desenvolvimento Institucional: contempla as dimensões 1 (Missão e Plano de Desenvolvimento Institucional) e 3 (Responsabilidade Social da Instituição), com indicadores definidos pelo SINAES.

Eixo 3 – Políticas Acadêmicas: abrange as dimensões 2 (Políticas para o Ensino, a Pesquisa e a Extensão), 4 (Comunicação com a Sociedade) e 9 (Políticas de Atendimento aos Discentes).

Eixo 4 - Políticas de Gestão: compreende as dimensões 5 (Políticas de Pessoal), 6 (Organização e Gestão da Instituição) e 10 (Sustentabilidade Financeira) do SINAES.

Eixo 5 – Infraestrutura Física, que corresponde à dimensão 7.

Acrescenta-se ao regulamento que determina os indicadores de Autoavaliação, o Relato Institucional, sintetizando alguns dos elementos do Relatório completo, com atenção ao Eixo 1, do Planejamento e da Avaliação, regulamentados pelo SINAES, e a cinco tipos de dados:

> 1. Evolução institucional, requerendo informações sobre as melhorias a partir de processos de planejamento e avaliação institucional e aos avanços referidos aos espaços institucionais;
> 2. Projeto e processo de autoavaliação;
> 3 . Participação da comunidade acadêmica;
> 4 . Análise e divulgação dos resultados;
> 5 .Conceitos obtidos pela IES em avaliações externas: conceito preliminar de curso (CPC), conceito ENADE, índice geral dos cursos avaliados/CGC.

UNILASALLE CANOAS-RS

Também em Rangel e Sousa (2012) encontram-se indicadores de qualidade do ponto de vista didático, de ensino-aprendizagem. Esses indicadores baseiam-se em princípios que fundamentam procedimentos metodológicos significativos: proximidade do conhecimento, transposição didática e diversificação metodológica recorrente a métodos ativos.

> Pelo princípio da proximidade do conhecimento, as práticas de ensino-aprendizagem devem partir de conceitos, fatos e processos mais próximos dos alunos, mais reconhecidos por eles, para, então, prosseguir com conceitos, fatos e processos mais distantes e com maior nível de abstração.
> O princípio da transposição didática recomendando a relação entre teoria e prática, entre conceitos e exemplos, entre o conteúdo ensinado e os fatos do cotidiano da vida social a que o conteúdo se aplica. A transposição didática é especialmente considerada nos procedimentos de ensino e avaliação, associados a níveis de elaboração do conhecimento pretendidos nas aprendizagens.
> O princípio da diversificação metodológica sugere a dinamização da aula e o uso de vários procedimentos de ensino e avaliação, de modo a estimular o aluno a aprender e despertar sua motivação para o estudo, para a participação nas aulas, evitando o receio de ser avaliado.

A esses princípios ainda acrescentamos o da afetividade, que se destaca na dimensão humana da ação educativa, conduzida pela valorização do aluno e de sua presença na escola, reconhecendo-se que é para ele e por ele que a escola se organiza, se constrói, desenvolve o seu projeto político-pedagógico, e seu processo e finalidade de ensinar e desenvolver métodos que assegurem as suas aprendizagens. (RANGEL; SOUSA, 2012, p. 30).

A partir dos indicadores considerados neste segmento do estudo, chegamos a práticas que se efetivam nas escolas, no interesse de sua qualidade socioeducacional, e optamos por abordar, a título exemplificativo, algumas das que podem ser comuns à Educação Básica e à Superior.

4 PRÁTICAS EDUCATIVAS DE QUALIDADE

Zabala reforça que para educar, hoje, são muitas as variáveis que interagem ao mesmo tempo e que necessitamos tê-las presentes.

> Assim como o processo de progressiva parcialização dos conteúdos escolares em áreas de conhecimento ou disciplinas conduziu o ensino a uma situação que obriga a sua revisão radical, a evolução de um saber unitário para uma diversificação em múltiplos campos científicos notavelmente desconectados uns dos outros levou à necessidade da busca de modelos que compensem essa dispersão do saber. (ZABALA, 2002, p.24).

Elencam-se, a seguir, algumas das práticas que evidenciam ações que qualificam as escolas e propiciam aperfeiçoamentos mantendo, nas instituições educativas, a cultura, o propósito, a atitude de autoavaliação permanente.

a) A constância cotidiana da atitude de autoavaliação

A permanente atitude de autoavaliação fundamentada e crítica decorre da atuação reflexiva e perspicaz dos docentes, demandando estudos de formação continuada, que também se estendem aos funcionários técnico-administrativos. Esses estudos não só fortalecem a compreensão e consolidação da identidade institucional e seus fundamentos, como também propiciam a ampliação e atualização de princípios e ações.

Nesse sentido, Mozzer (2014) associa tradição, inovação e competências tecnológicas. A tradição é elemento relevante ao fortalecimento da identidade da instituição, à valorização da sua história, de seus princípios fundacionais, de sua origem, de suas projeções a futuro, de sua missão e de sua reflexividade.

Tonieto e Roman (2013), assim como Fávero (2013), acrescentam subsídios a essa análise em seu estudo sobre a formação de professores reflexivos que têm a docência como objeto de autoanálise e aperfeiçoamento.

b) A centralidade do aluno na escola e os procedimentos que auxiliam a sua fidelização

O texto de Alarcão (2014) sobre desenvolvimento profissional, interação colaborativa e supervisão traz subsídios expressivos à ação supervisora orientada e praticada com foco na centralidade do aluno na escola.

Em La Salle, no Guia das Escolas, nas meditações e nas cartas aos Irmãos encontram-se, sobejamente, fundamentos indicativos de práticas que contribuem à fidelização dos alunos e à satisfação das famílias. (HENGEMÜLE, 2007).

Rangel (2013, 2014, 2015) também aborda, com especial ênfase, em seus estudos sobre supervisão pedagógica, a atenção supervisora às expectativas das famílias e à efetividade de ações que favorecem as aprendizagens, a motivação, o envolvimento dos alunos em aula, com professores que adotam métodos estimulantes às aprendizagens, não só de conteúdos, como também de formas de aprender a aprender.

Nesse mesmo sentido, Meirelles (2013) destaca na ação supervisora a importância do foco no aperfeiçoamento das práticas docentes, recomendando a observação das aulas, e Perregil (2014) enfatiza o papel do supervisor pedagógico na avaliação do desempenho docente.

Realça-se, desse modo, a dinamização da aula como fator e processo essenciais à qualidade da escola e à permanência dos alunos. Tavares (2013) colabora com a atenção a esse fator em seu estudo sobre aprender e ensinar como construção pessoal e social do conhecimento. Da mesma forma, Alves (2012), em sua tese sobre "A escola no espelho: as representações do aluno", e Santos (2015), em seu estudo sobre "Ensino Médio Inovador: ressignificações de educação de qualidade em contextos locais", enfatizam a qualidade e o aperfeiçoamento das práticas docentes.

c) O projeto e o processo de acessibilidade, educação inclusiva e proteção ambiental

A escola de qualidade assume o compromisso com o projeto e o processo de acessibilidade, educação inclusiva e proteção ambiental. Assim, serão oferecidos meios de acesso a surdos, cegos e cadeirantes aos ambientes da escola, e serão realçados procedimentos de inclusão social, orientando e esclarecendo os docentes sobre práticas de inclusão, não só de deficientes, mas também de alunos com dificuldades de aprendizagem, mantendo como princípio e compromisso o direito de ~~ao~~ acesso ao conhecimento. Estudos como os de Crochik (2011) sobre preconceito e educação inclusiva, e os de Barreto (2010), sobre meio ambiente e educação, trazem aportes significativos e atuais nesse âmbito temático.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise bibliográfica e documental, mesmo sendo um recorte das produções e dos dispositivos legais existentes, possibilita-nos constatar que apesar da preocupação recorrente por parte dos gestores educacionais de vários países e da existência de dispositivos, políticas e programas educacionais sobre esta temática, não se registram avanços significativos sobre a melhoria da qualidade da educação no sistema educacional brasileiro.

É muito importante para a sociedade atual que os governantes de um país tenham a educação no topo de suas prioridades. Não qualquer educação, mas sim uma educação de qualidade. Sem esta prioridade, a probabilidade de não se ter educação de qualidade é maior.

É preciso que os dirigentes educativos, bem como os governantes, tenham consciência de que é possível proporcionar educação de qualidade, mesmo nos lugares desprovidos de recursos tecnológicos. Porém, é importante que os gestores educativos e os educadores façam o possível para não excluir aqueles que conseguiram ingressar no sistema educacional. Para isso, será necessário fazer com que os educandos se sintam acolhidos, cuidados e estimulados a seguirem seu processo de aprendizagem.

Diante da complexidade que envolve a realização da educação de qualidade, é preciso que os educadores, sobretudo os gestores educativos, se empenhem e acreditem que é possível oferecer educação de qualidade. Para que isso ocorra será necessário motivar e encantar nossos educadores na sua missão de educar, particularmente os das escolas públicas, pois é comum naquelas escolas a ausência das condições necessárias para a realização das práticas educativas básicas. Com isso, evitaremos os problemas mais notórios da educação, hoje: a evasão e o baixo nível de aprendizagem.

A qualidade da educação e da escola remete a um campo denso de estudos e práticas, realçando princípios e ações que merecem especial consideração em processos avaliativos e em iniciativas em favor da eficiência e eficácia pedagógicas, sociais e políticas da formação de pessoas e profissionais engajados na missão socioeducacional das instituições de ensino básico e superior.

As atenções deste texto a indicadores de qualidade e práticas que os viabilizem no cotidiano das instituições educativas não esgotam todos os vieses de análise de princípios e propostas desse campo amplo de considerações e estudos que, em suas especificidades temáticas, contribuem a educadores e pesquisadores interessados nas avaliações que propiciam aperfeiçoamentos de processos educacionais.

Vale rever Fernandes (2006, p. 520) em seu estudo sobre teoria da avaliação formativa, quando subsidia a compreensão da avaliação institucional, recorrente a dados intra e extraescolares, observando que se trata de uma avaliação de natureza dialógica e processual, com propósito formativo, permitindo [...] interpretar, compreender, questionar e sugerir novos caminhos".

Entretanto, o que nos propomos neste artigo foi a constância de ações que favorecem a evolução e as melhorias institucionais, com particular atenção às aprendizagens de conteúdos e valores essenciais à formação dos alunos, à continuidade de estudos de fundamentação e atualização de docentes e funcionários e à missão social das escolas, lembrando-se, com Menegat (2015), que o mundo atual e as transformações que incorpora e solicita, traz novas propostas e desafios à educação e aos educadores.

É oportuno, também, nesse mesmo sentido, realçado por Menegat (2015), recorrer ao pensamento de Fonseca e Bordignon (2010):

> Algumas demandas de impacto social e transferência do conhecimento na avaliação de uma instituição que busca ser de excelência envolvem o índice de investigadores e de publicações, as tradições e práticas docentes, destacando a produtividade docente como um indicador de qualidade e de reconhecimento no mercado em que a instituição está inserida. (FONSECA; BORDIGNON, 2014, p. 157).

UNILASALLE CANOAS RS

Reafirmamos, portanto, que a qualidade como princípio, proposta e missão, é premissa e compromisso das escolas, justificando sua ênfase na importância das solicitações de alunos e famílias que nelas confiaram a formação de seus filhos, observando-se que são os beneficiários e divulgadores mais significativos de seu conceito social.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Isabel. Desenvolvimento profissional, interação colaborativa e supervisão. In: MACHADO, Joaquim; ALVES, José Matias (Coords.). Coordenação, supervisão e liderança. Escolas, projetos e aprendizagens. Porto: Universidade Católica Editora, p. 22-35.

ALVES, Walcéa Barreto. 2012. A escola no espelho: as representações do aluno. Tese _ Faculdade de Educação _ Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2012.

BARRETO, Marcos. Educação e meio ambiente: a formação de professores em tempos de crise. 2007. Tese (Curso de Doutorado em Educação) _ Faculdade de Educação _ Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

___. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 22 nov. 1990.

___. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

___. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez.

___. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. *Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica*. Conselho Nacional da Educação. *Câmara Nacional de Educação Básica.* Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Currículos e Educação Integral. Brasília, DF: MEC, SEB, DICEI, 2013.

BELMONTE, Lorenzo Tébar. La evaluación del aprendizaje y competencias en aula. Conhecimento & Diversidade. Niterói, RJ, n. 4, p. 25-36, jul./dez. 2010.

CROCHIK, José León. Preconceito e educação inclusiva. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos – SDH/PR, 2011.

DEMO, Pedro. Educação e qualidade. 12. ed. Campinas, SP: Papirus, 2012.

FÁVERO, Altair Alberto; TONIETO, Carina; ROMAN, Marisa Fátima. A formação de professores reflexivos: a docência como objeto de investigação. Revista Educação, Santa Maria, RS, n. 38, n. 2, p. 277-287, 2013.

FERNANDES, Domingos. Para uma teoria da avaliação formativa. Revista Portuguesa de Educação, Universidade do Minho, Portugal, v. 19, n. 2, p. 21-50, 2006.

FONSECA, Janete Rosa da; BORDIGNON, Nelso Antonio. Avaliação da qualidade no ensino superior: a baixa complexidade no cenário da América Latina. Conhecimento & Diversidade, n. 11, p. 157-168, jan./jun. 2014.

FREITAS, Dirce Nei Teixeira de. Avaliação da educação básica e ação normativa federal. Cadernos de pesquisa, v. 34, n. 123, p. 663-689, set./dez. 2004.

FÓRUM MUNDIAL DE EDUCAÇÃO 2015 – Declaração de Incheon (2015) – Educação para 2030.

HENGEMÜLE, Edgard. Educação lassaliana: que educação? Canoas, RS: Unilasalle, 2007.

LIBÂNEO, José C.; OLIVEIRA, João Ferreira de; TOSCHI, Mirza Seabra. Educação escolar: políticas, estrutura e organização. São Paulo, SP: Cortez, 2003. 407 p.

LÜCK, Heloísa. Ação integrada: administração, supervisão e orientação educacional. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1981. 66 p.

___. Dimensões de gestão escolar e suas competências. Curitiba, PR: Editora Positivo, 2009.
MARCHESSOU, François. Estratégias, Contextos, Instrumentos, Fórmulas: a contribuição da tecnologia educativa ao Ensino Aberto e a Distância. Revista Tecnologia Educacional – V. 25 (139), Nov./Dez. 1997 – p. 6 a 15.

MENEGAT, Jardelino. Gestão estratégica nas escolas. Planejamento estratégico. Alemanha: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

MOZZER, Luciene Domenic. Tradição e inovação: competências tecnológicas necessárias à prática institucional. Cadernos de Educação, v. 13, n. 26, p. 90-107.

CANOAS-RS

OLIVEIRA, Romualdo Portela de, ARAÚJO, Gilda Cardoso de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. Revista Brasileira de Educação, n. 28, jan-abr. 2005.

RANGEL, Mary; SOUSA, Carolina. Avaliação institucional e de aprendizagem: níveis e fundamentos. Exedra, n. 6, Portugal, p. 29-40, 2012.

_____ (Org.). Nove olhares sobre a supervisão. 16ª ed. Campinas, SP: Papirus, 2014.

_____. Supervisão e gestão na escola: conceitos e práticas de mediação. 3ª ed., Campinas, SP: Papirus, 2013.

_____. Supervisão pedagógica: princípios e práticas. 4ª ed. Campinas, SP: Papirus, 2015.
RELATÓRIO DA UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2001.

RIBEIRO, Vera Masagão; RIBEIRO, Vanda Mendes; GUSMÃO, Joana Buarque de. Indicadores de qualidade para a mobilização da escola. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 227-251, jan./abr. 2005.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. Globalização e interdisciplinaridade. Porto Alegre, RS: Artmed, 1998.

SAVIANI, Demerval. Da nova LDB ao FUNDEB: por uma outra política educacional. São Paulo, SP: Autores associados, 2008.

SANTOS, Jean Mac Tavares. Ensino médio inovador: ressignificações de educação de qualidade em contextos locais. Revista Estudos em Avaliação Educacional, São Paulo, v. 26, n. 62, p. 254-261, maio/ago. 2015.

SARMENTO, Dirléia Fanfa; FOSSATTI, Paulo. Políticas e práticas de formação continuada: educação superior em foco. Conhecimento & Diversidade, Niterói, RJ, n. 3, p. 19-29, 2010.

TAVARES, José. Aprender e ensinar como uma construção pessoal e social do conhecimento. InterMeio, Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação – UFMS, v. 11, n. 22, p. 4-19, 2013.

ZABALA, Antoni. Enfoque globalizador e pensamento complexo: uma proposta para o currículo escolar. Porto Alegre, RS: Artmed, 2002.

UNILASALLE CANOAS-RS

A IMPORTÂNCIA DO GESTOR EDUCACIONAL E A INFLUÊNCIA DE SEU PERFIL NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO.

Patrícia de Morais Rosa[1]
Paulo Fossatti[2]

RESUMO: Este artigo trata do perfil do gestor em educação. Tem por objetivo analisar o perfil do gestor educacional para uma gestão democrática. A metodologia utilizada é pautada pela pesquisa bibliográfica. O estudo verificou as seguintes competências do gestor educacional: conhecimento e vivência do projeto pedagógico; trabalho em equipe, liderança, capacidade de articulação e mediação de conflitos, espírito motivador e incentivador. Conclui-se que o gestor educacional ocupa um papel fundamental na realização dos objetivos da instituição de ensino e para tal é preciso recuperar os princípios da gestão democrática em sua formação inicial e continuada.

PALAVRAS-CHAVES: Gestor escolar. Gestão democrática.

1 INTRODUÇÃO

O tema que nos ocupa é o perfil gestor para uma educação democrática. No período em que a escola é administrada, mesmo que essa administração seja temporária, a escola passa a ter as características de seu gestor. Visto que é de responsabilidade deste estabelecer as prioridades e apresentar ao grupo e à comunidade as melhores soluções frente às necessidades do todo. (JULLIATO, 2007)

O gestor escolar tem como premissa básica a gestão pedagógica da instituição, mas para isso ele necessita fazer a gestão administrativa. Por tal razão é tão complexo o trabalho de gestão escolar, pois ele terá que somar esforços do coletivo (funcionários, professores, alunos e comunidade) para garantir o melhor ambiente a fim de atender as necessidades do grupo. Entretanto, para que se consiga obter o êxito nos objetivos, é necessário que o grupo entenda a importância do papel de gestor educacional. Sendo assim, seu desafio maior será estabelecer um diálogo entre todos os setores envolvidos, buscando o entendimento de que quanto melhor for a instituição melhor será a educação. (LUCK, 1998)

Este artigo analisa a importância, os desafios e o perfil do gestor educacional na gestão democrática.

2 GESTÃO EDUCACIONAL NO CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de tratar diretamente a gestão educacional, faz-se necessário contextualizá-la na história, visto que esta passou por muitas transformações ao longo dos anos

Os primeiros trabalhos de administração educacional surgiram a partir das ideias dos teóricos fundadores da teoria geral. Assim, em 1913 Bobbit escreveu um artigo aplicando os princípios de Taylor à administração educacional, definindo a função do diretor como identificador e difusão das tarefas inerentes à organização escolar. (Cad. Pesq. Acácia Zeneida Kuenzer Zung , 1984, p 40)

Considerando que as primeiras anotações teóricas no Brasil sobre administração escolar registram-se "a partir de 1938 com o trabalho pioneiro de Querino Ribeiro que aborda o fayolismo na administração da escola pública" [3], concluímos que é um processo de estudo acadêmico com menos 100

---

1 Administradora de Empresas pela Universidade Luterana do Brasil – Centro Universitário La Salle – Unilasalle, Canoas/RS, Email: pmorais.rosa@gmail.com
2 Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Centro Universitário La Salle – Unilasalle, Canoas/RS, Email: paulo.fossatti@lasalle.edu.br
3 (Cad. Pesq. Acácia Zeneida Kuenzer Zung , 1984, p 40)

anos. E, se analisarmos que possuímos mais de 500 anos de história no Brasil, vimos que o estudo da administração escolar é relativamente recente. A partir deste trabalho, a administração escolar inicia uma nova fase, "começamos a escrever um novo capítulo no campo da administração da educação" (SANDER, 2007b, p.425).

Fazendo um resumo político do que estava acontecendo na década de 30, vimos que além da revolução da administração escolar, ocorre um processo acelerado de urbanização e industrialização. Ocorre também uma revolução política no país, com Getúlio Vargas que interrompe a República Velha através da revolução de 1930, ficando no poder até cometer o suicídio em 1954, quando "[...}sai da vida para entrar na história" (FUNAG, 2010, p.58).

Em 1930, também é criado o Ministério da Educação e Saúde Pública para cuidar dos assuntos relacionados à educação e à saúde no Brasil. No ano seguinte, é feita a Reforma Francisco Campos, que organizou o ensino secundário e superior no País. Na mesma época, é feito o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, que reivindicava a renovação educacional brasileira, "espírito filosófico e científico na resolução dos problemas da administração escolar" como principal responsável pela "desorganização do aparelho escolar" (MANIFESTO, 1932).

Com todos esses acontecimentos percebe-se que é uma década onde muitas mudanças estavam ocorrendo, e a educação é parte importante deste momento histórico, pois é nesse contexto que ocorrem os primeiros escritos sobre a administração escolar.

Em 1942, são criadas as Leis Orgânicas do Ensino, modificando algumas áreas da educação no Brasil. Contribuindo para o ensino técnico profissionalizante, cria-se o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial).[4] Em 1946, com a constituição, veio a gratuidade para o ensino primário e a manutenção da sequência dos estudos para todos que comprovassem falta de recursos. Em 1961, é sancionada a Lei de Diretrizes e Bases n° 4.024/6, que possui a intenção de oferecer uma educação igualitária como direito de todos. Em 1969, tornou-se obrigatório o ensino de Educação Moral e Cívica em todos os graus de ensino sendo que, no ensino secundário, o nome passou para Organização Social e Política Brasileira (OSPB). O Decreto 68 908/71 criou o "Vestibular", garantindo a vaga no ensino superior apenas até o preenchimento das vagas disponíveis nas universidades. Em 1964, o Brasil assina os acordos MEC-Usaid (Ministério da Educação e Cultura e *United States Agency for International Development).*

Diante de todos esses acontecimentos políticos e educacionais que houve no decorrer dos anos, com alterações em emendas e a criação de estatutos, todos tiveram um único objetivo: a universalização do ensino, a erradicação do analfabetismo e a democratização da educação.

Nessa relação, entretanto, é necessário uma visão crítica do processo da administração escolar, a qual exige um conhecimento mais ou menos preciso da estrutura sócio-econômico da sociedade capitalista que vivemos. A gestão escolar precisa ser entendida no âmbito da sociedade política comprometida com a própria transformação social. (PARO, 1997, p.149).

A partir de 1996, com a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n. 9394/96, abre-se o espaço para a participação da comunidade escolar nas decisões e ações da escola. Neste momento em que todos participam, constitui-se um processo democrático irreversível, no qual não cabe mais a centralização do poder, não há mais espaço para um enfoque limitado do termo administração escolar. A abertura política do país trouxe novas ideias, conceitos e valores, sobretudo a respeito da autonomia escolar. Assim, a escola passou a ser vista como um sistema aberto, participativo, e o conceito de gestão passou a retratar essa nova realidade (MACHADO, 2000).

Para Santos (2013) a gestão educacional em nosso país é um processo que vem sendo vivenciado e construído ao longo dos anos por toda a sociedade. Paulatinamente foram ocorrendo mudanças em

4 Disponível em: http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/documento_base.pdf Acessado em: 10 março 2016

todos os âmbitos e a escola, como instituição que tem como compromisso socializar o saber historicamente construído, não poderia estar alheia a todas estas mudanças.

3 GESTÃO EDUCACIONAL NA ATUALIDADE

Para que possamos falar sobre o perfil do gestor, torna-se indispensável falar da gestão educacional na atualidade. Neste cenário de constantes mudanças, a expressão gestão educacional tem gerado polêmica no meio acadêmico. Entretanto, autores conceituados mostram a adequação do conceito a realidades educacionais da atualidade e à conveniência de sua utilização frente aos desafios, colocados para os gestores, consequências dos novos contextos sociais.

De acordo com o dicionário Michaelis, gestão significa o ato de gerir e/ou onde há participação da comunidade interna (professores, funcionários, alunos) e externa (comunidade, governo, outras escolas) em que todos os envolvidos devem estar engajados a fim de que se alcance o objetivo da instituição escolar. Segundo o MEC:

Tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores, contribuindo para a redução das desigualdades sociais. Para tanto, é fundamental que se considere os princípios da equidade e da valorização da diversidade, os direitos humanos, a gestão democrática do ensino público, a garantia de padrão de qualidade, a acessibilidade, a igualdade de condições para o acesso e permanência do educando na escola. *(*RELATÓRIO DE GESTÃO CONSOLIDADO – MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – EXERCÍCIO *2014)*

Baseado nesse conceito de educação e levando em conta que na atualidade estamos vivendo na era da globalização da economia, da comunicação, da informação, os países não possuem mais fronteiras demarcadas. Tudo parece ser compartilhado, inclusive a educação, que dentro deste cenário encontra cada vez mais desafios, a exemplo da necessidade da desconstrução do conhecimento como uma prática constante para romper as barreiras e os velhos paradigmas.

Faz-se necessário, portanto, que a gestão escolar deste século, além da gestão com os grupos internos e externos, interaja com todo esse cenário de mudanças constantes, para criar e recriar constantemente, partilhando decisões e dividindo responsabilidades com todos os envolvidos na construção do saber. As responsabilidades da gestão escolar são múltiplas: questões pedagógicas, financeiras e administrativas e de gestão como um agente de transformação que deve estimular em sua equipe o desenvolvimento contínuo (LUCK, 2009). Para RIOS (2003, p. 121)

A identidade aparece, assim como algo construído nos limites da existência social dos sujeitos. Somos o que somos porque estamos numa determinada circunstância. E não podemos deixar de ressaltar que essa circunstância se configura de uma determinada maneira porque estamos, nela, e a construímos de maneira peculiar. Somos porque estamos, ganhamos nossa identidade enquanto a construímos.

A escola necessita, portanto, ser consciente da importância de seu papel dentro da comunidade em que está inserida e ser neste contexto um agente transformador. Segundo Freire (2001, *apud* Deijanete Pereira, 2010) “embora a educação não seja a alavanca da transformação social, a transformação em si, é um evento educacional.”.

Sei que o ensino não é a alavanca para a mudança ou transformação da sociedade, mas sei que a transformação social é feita de muitas tarefas pequenas e grandes, grandiosas e humildes! Estou incumbindo de uma dessas tarefas. Sou um humilde agente da tarefa global de transformação. Muito bem, descubro isso, proclamo isso, verbalizo minha opção (FREIRE, 2001, p. 60).

O autor considera num contexto de educação democrática, o indivíduo como parte integrante no processo de transformação da sociedade através da educação.

4 GESTÃO EDUCACIONAL DEMOCRÁTICA

Ao percorrer atentamente a trajetória da investigação referente ao gestor escolar e ao analisar, neste contexto, a sua importância, percebe-se a necessidade de problematizarmos ainda a questão da gestão democrática, a qual possui o propósito de substituir o paradigma autoritário, ainda enraizado em nossa história. O processo de democratização deve ser construído pela escola e não acontece em curto prazo. Entretanto, está amparado pela legislação brasileira, através da Constituição Federal de 1988, que aponta a gestão democrática como um dos princípios da educação no Brasil, através de leis complementares, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Plano Nacional da Educação, em seu artigo 22 (LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996).

Mesmo com as legislações que amparam a gestão democrática, é preciso que a própria instituição escolar esteja disposta a modificar sua cultura, se abrindo ao diálogo com os grupos que compõem a comunidade escolar. Para isso, é de suma importância a compreensão da gestão democrática além de seu aspecto conceitual. É necessário entender que a democratização do ensino é a base para a qualidade da educação. Esta viabiliza que a escola interaja com a comunidade onde está inserida, adequando seu currículo à sua realidade local, dando credibilidade à proposta pedagógica, pois há a participação de todos os agentes envolvidos de forma direta ou indireta nesse processo. Segundo SILVA (2005, p.25):

> Um trabalho de com ação participativa em que todos os integrantes têm um alvo comum indubitavelmente satisfatório e positivo, enquanto um trabalho com discussões polarizadas, com ideias fragmentadas, não possibilitará resultados eficazes ou, nem mesmo, haverá nesse trabalho objetivos traçados visando o bem estar social e, em se tratando do aluno, a formação de um cidadão crítico e preparado para a sociedade.

UNILASALLE CANOAS-RS

O processo democrático, algumas vezes, se depara com as limitações da autonomia e até mesmo esbarra nas regras escritas pelos próprios gestores. Por este motivo destaca-se a importância da colaboração dos grupos internos e externos na elaboração e execução do Projeto Político Pedagógico, pois este irá nortear as decisões e ações a fim de se alcançar os objetivos da instituição de ensino. De acordo com BASTOS (1999, p.23)

> As relações entre os gestores das atividades educativas devem estar abertas ao conflito, pois o consenso não é ponto de partida para a interação dos gestores, pois, apenas obscurece a diversidade, sendo que ele deve ser buscado na trajetória que comporte a discussão e o conflito, enfim, o consenso e as decisões devem ser construídos coletivamente.

Portanto, essa nova forma de fazer a gestão educacional é um processo coletivo e democrático, de mudança contínua e está constantemente sendo revisada e ajustada de acordo com as necessidades de todos os envolvidos com os processos educacionais.

5 PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO

O projeto político pedagógico influencia diretamente no perfil do gestor educacional, visto que este norteia a administração democrática. Por essa razão, abordaremos sua conceituação antes de tratarmos diretamente do conceito de gestor. Segundo VEIGA (1995, p.110)

O que é um projeto político-pedagógico? É um instrumento de trabalho que mostra o que vai ser feito, quando, de que maneira, por quem, para chegar a que resultados. Além disso, explicita uma filosofia e harmonia as diretrizes da educação nacional com a realidade da escola, traduzindo sua autonomia e definindo seu compromisso com a clientela. É a valorização da identidade da escola e um

chamamento à responsabilidade dos agentes com as racionalidades interna e externa. Esta idéia implica a necessidade de uma relação contratual, isto é, o projeto deve ser aceito por todos os envolvidos, daí a importância de que seja elaborado participativa e democraticamente.

De acordo com a autora, o projeto político pedagógico é uma ferramenta que define a proposta da escola. Este indica o caminho para concretizar os objetivos a serem alcançados. O Projeto Político Pedagógico auxilia na perspectiva estratégica da instituição, não apenas da parte pedagógica, mas em todos os aspectos, ajuda a definir as prioridades e orienta a concretização destas.

A lei de Diretrizes e Bases (LDB), n°9394, 20 de dezembro de 2006, estabelece em seu artigo 14 que:

> Os sistemas definirão as normas de gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:
> I – participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto político pedagógico da escola.
> II – participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

O Projeto político pedagógico não é planejamento pedagógico, embora os dois tenham características semelhantes. Eles são duas ferramentas distintas. O planejamento pedagógico está relacionado com a rotina do trabalho dos educadores, é a interação entre os professores e os alunos; o projeto político pedagógico é um processo democrático em busca da qualidade contínua, realizado por todos os interessados da comunidade escolar. Ele é o resultado de um trabalho coletivo que coloca o gestor educacional em um papel de mediador, visto que este irá intermediar o diálogo entre a escola, a comunidade e os alunos.

6 GESTOR EDUCACIONAL

UNILASALLE CANOAS RS

Após explanação sobre gestão educacional no contexto histórico, a gestão educacional democrática e o projeto político pedagógico**,** pode-se então chegar ao conceito do gestor educacional, visto que este é o objetivo central deste trabalho.

Observa-se que o perfil do gestor educacional modificou-se no decorrer dos tempos, resultado de todos os acontecimentos históricos e as transformações que a sociedade e a educação sofreram conforme problematizado até então. Logo, cabe aqui a pergunta: Qual o perfil do gestor educacional na atualidade? Os resultados da investigação mostram que a função passou de burocrática para articuladora, ocupando o papel principal na ligação e na comunicação com os grupos envolvidos internos e externos da escola. Segundo LIBÂNEO (2004, p.217)

> Muitos dirigentes escolares foram alvos de críticas por práticas excessivamente burocráticas, conservadoras, autoritárias, centralizadoras. Embora aqui e ali continuem existindo profissionais com esse perfil, hoje estão disseminadas práticas de gestão participativa, liderança participativa, atitudes flexíveis e compromisso com as necessárias mudanças na educação.

De acordo com o autor, o gestor superou desafios transformando seu modo de administrar para se adequar às necessidades do coletivo. O gestor educacional, ao realizar suas atividades, deve priorizar a valorização da escola, dos colaboradores e principalmente de seus alunos, para que todos se sintam estimulados e com isso reforce o que foi planejado no projeto político pedagógico (OLIVEIRA, 2009).

Entretanto, essa concepção de gestão, que coloca como principal responsável o gestor pela articulação dentro da instituição de ensino, traz uma configuração de “poder” que pode introduzir uma nuance autoritária e centralizadora. Essa postura pode ser reforçada por um perfil pessoal do gestor com

essas características. Logo, pode-se criar uma gestão dentro de moldes autoritários, trazendo à tona traumas que a sociedade ainda não conseguiu superar completamente. (OLIVEIRA, 2009). Neste sentido, MAXIMIANO (2008, p.199) diz que "quanto mais concentrado é o poder de decisão do líder, mais autocrático é seu comportamento ou estilo".

Esse tipo de comportamento colocaria a proposta do projeto político pedagógico em risco. Mesmo possuindo todas as diretrizes bem definidas e sendo um processo democrático, se o articulador principal possuir uma postura autoritária, centralizadora e manipuladora, a instituição de ensino refletirá sua forma de gestão, pois os responsáveis pela execução do que foi planejado estão sob a influência de uma administração diária autocrática.

Neste contexto, LACOMBE (2005, p.236) diz:

> [...] Se o clima organizacional é bom, as pessoas tendem a ser proativas, partilhar conhecimentos, confiar nos chefes, colegas e subordinados, procurar inovar, ter iniciativas e agir com forte sentimento de "pertença". Se for muito ruim, tendem a fazer o mínimo indispensável para se manter no emprego, ou, às vezes, nem isso, agindo com descrença e revolta, aumentando a rotatividade e o absenteísmo, que, com frequência, são sintomas de clima organizacional negativo.

Reforçando o que o autor diz, o clima institucional é o reflexo da gestão que possui. Portanto, não é apenas o projeto pedagógico que influencia a instituição e sim a forma como é realizada a gestão escolar.

Um gestor educacional não precisa mostrar seu status de modo autoritário, para obter da equipe o melhor resultado. Ele é responsável por criar um ambiente propício a fim de que sejam alcançados os objetivos da instituição. Por isso, para que uma escola tenha êxito em seus objetivos é necessário que haja uma gestão participativa. Nesse contexto, é de suma importância que o gestor tenha características como: escuta, diálogo, respeito às diferenças, liderança, motivação, postura positiva, pró-atividade, dentre outras. É importante também que saiba delegar e cobrar da equipe, na medida certa, para que todos tenham a consciência de sua importância no processo de gestão.

Para SILVA (2009, p.74) "Quanto se tem um gestor líder com postura positiva em suas ações, isso normalmente contagia a equipe que se torna motivada, sem medo de mudanças e desafios."

Para DAVIS e NEWSTROM: Um líder exerce um estilo que pode ser caracterizado como: *autocrático, participativo e rédeas soltas*, dessa maneira um líder usufrui de todos os estilos, mas apenas um passa a ser dominante.

Líder autocrático é aquele que assume para si toda a responsabilidade e a autoridade, normalmente é negativo e se baseia em ameaças e punições, é o tipo de liderança ditatorial. *Líder participativo* é aquele que informa seus liderados sobre as condições do trabalho que os fazem sentir – se encorajados e expressar as próprias ideias. *Líder rédea solta* é aquele que evita o poder a responsabilidade, são os membros da equipe que treinam a si mesmo e promovem suas próprias motivações. (Davis e Newstrom, 1992, p. 97)

Baseado no que o autor fala, o *líder participativo* é assertivo, pois trabalha em conjunto com sua equipe de forma participativa. Para o sucesso no modelo de gestão democrática esse estilo de liderança é essencial.

O gestor/líder educacional possui outros desafios além do comportamental e pedagógico, que é o de saber administrar os recursos que irão subsidiar os objetivos fins da instituição escolar. Exemplo disso é a gestão dos recursos administrativos e financeiros. Para tal é necessário que o gestor desenvolva algumas habilidades inerentes à administração (LUCK, 2011).

Segundo o autor, RIBEIRO (1986, p.95).

A) A Administração Escolar é uma das aplicações da administração geral; ambas tem aspectos, tipos, processos, meios e objetivos semelhantes.

B) A Administração Escolar deve levar em consideração os estudos que se fazem nos outros campos da administração e, por sua vez, pode oferecer contribuições próprias utilizáveis pelos demais.

Nesse sentido, para que uma instituição de ensino tenha êxito em seus objetivos, necessita, dentre outras premissas, de um gestor multifuncional, que tenha conhecimentos da parte pedagógica e habilidades administrativas, além de uma liderança democrática participativa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que as instituições de ensino refletem o perfil de gestão que possuem, o gestor passa a ter papel fundamental, uma vez que a forma como a escola é administrada refletirá seu ambiente, tanto de trabalho quanto de aprendizagem.

Transformar o espaço de gestão num ambiente democrático e participativo é um desafio para o gestor escolar. Este deverá estar adaptado às mudanças deixando de ser apenas uma figura burocrática para se tornar um agente de transformação, consciente que suas ações impactam diretamente nos objetivos educacionais.

Todavia, a análise deste trabalho nos mostra que o gestor é chamado a ser um líder democrático. A forma de fazê-lo é pautada por seu interagir, participar e motivar todos os envolvidos na construção de uma educação democrática e participativa.

Entretanto, para que os gestores possam desenvolver as habilidades e competências necessárias, a fim de realizar o trabalho em gestão de forma assertiva, faz-se necessário repensar sua formação inicial e continuada. Esta deve primar por uma política que vise concretizar o processo de formação de gestores escolares com qualificação adequada, assentada fortemente na educação como um processo democrático.

UNILASALLE
CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

BASTOS, João Baptista. Gestão Democrática. Rio de Janeiro: DP & A: SEPE, 1999. Disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/o-papel-do-diretor-na-gestao-democratica/68903/#ixzz45f8sLVg6 – Acesso em: 13 de março 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Diário Oficial da União, 20 dez. 1996.

DAVIS, Keith; NEWSTROM, John W. Comportamento Humano no Trabalho. Vol. 1 – São Paulo. Pioneira, 1992.

FREIRE, Paulo. Direitos humanos e educação libertadora. In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.) Pedagogia dos sonhos possíveis/Paulo Freire. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

FREIRE, Paulo. Discussões em torno da pós-modernidade. In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.) Pedagogia dos sonhos possíveis/Paulo Freire. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

FUNAG, Discursos Selecionados do Presidente Getúlio Vargas, 2010.

JULIATTO, Clemente Ivo. Parceiros Educadores: estudantes, professores, colaboradores e dirigentes. Curitiba: Champagnat, 2007.

LACOMBE, F. Recursos humanos: Princípios e tendências. São Paulo, Ed.Saraiva, 2005.

LIBÂNEO, José Carlos. Organização e Gestão da Escola: Teoria e Prática – 5. ed. Goiânia: Alternativa, 2004.

LÜCK, Heloísa. Perspectivas da gestão escolar e implicações quanto à formação de seus gestores. Em Aberto. Brasília, v.17, n. 72, p.11-33, fev./jul.2000.

LÜCK, Heloísa. Dimensões de gestão escolar e suas competências.–. Curitiba: Editora Positivo, 2009.

LÜCK, Heloísa. A gestão participativa na escola. Petrópolis: Vozes, 2011.

MANIFESTO DOS PIONEIROS DA EDUCAÇÃO NOVA. 1932.

MACHADO, N. J. Educação: projetos e valores. São Paulo: Escrituras Editora, 2000.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru, Teoria Geral da Administração. Da Revolução Urbana a Digital. São Paulo,: Atlas,2008.

O papel do gestor escolar - Disponível em: < http://www.portaleducacao.com.br/administracao/artigos/49210/o-papel-do-gestor-escolar.>Acesso em: 09 março 2016
OLIVEIRA, Marinalva. Democracia ou autoritarismo. Disponível em: http://www.webartigos.com/articles/19636/1/democracia-ou-autoritarismo/pagina1.html. Acesso em Março de 2016.

PARO, Vitor Henrique. Gestão Democrática da Escola Pública. São Paulo: Ed. Ática, 1997.

PEREIRA, Deijanete. Educação e transformação na sociedade. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2143223 >Acesso em Março de 2016.

Relatório de Gestão Consolidado – Ministério da Educação – Exercício 2014 - Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17528-fies-relatorio-gestao-pcoa-exercicio-2014-tcu&Itemid=30192 – Acesso em: 10 de Mar. 2016.

RIBEIRO, J. Q. Ensaio de uma teoria da Administração Escolar. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIOS, Teresinha Azerêdo. *Compreender e Ensinar: por uma docência da melhor qualidade.* 4. Ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANDER, B. A pesquisa sobre política e gestão da educação no Brasil: uma leitura introdutória de sua construção. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 23, n.03, p. 425, 2007.

SANTOS, Daniela Andrade. Administração educacional no contexto da atualidade. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 31 jul. 2013. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44519&seo=1>. Acesso em: 02 abr. 2016.

SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Disponível em: http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/documento_base.pdf Acesso em: 10 março 2016.

SILVA, R.C. O professor, seus saberes e suas crenças. In: GUARNIERI, M.R. (Org.). Aprendendo a ensinar: o caminho nada suave da docência. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p.25-43.

SILVA, Eliene Pereira da. A importância do gestor educacional na instituição escolar. 2009. In: Revista Conteúdo. Vol. I, nº 2. Capivari: jul./dez. 2009.

UNILASALLE CANOAS-RS

VEIGA, Ilma Passos Alencastro (org.). Projeto Político-Pedagógico: Uma construção possível. 12. ed. Campinas, SP: Papirus 1995.

ZUNG, Zuenzer Zeneida Acácia, Cad. Pesquisa, p. 40, 1984

UNILASALLE
CANOAS-RS

DIFICULDADES DE PERMANÊNCIA E DIPLOMAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR DE GRADUANDOS NEGROS E GRADUANDAS NEGRAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS

Márcio do Couto [1]
Profª. Dra. Paula Pinhal de Carlos
Prof. Dr. Moises Waismann

RESUMO: Esse estudo possui como finalidade tratar acerca das dificuldades de permanência e diplomação de graduandos negros e graduandas negras na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, levando em conta as políticas públicas de acesso a esse ensino. Contudo, para isso, o trabalho passa pela compreensão daquilo que são ações afirmativas, busca distinguir nomenclaturas como raça e etnia, e pelo viés do Direito da Antidiscriminação trata como as tipologias da discriminação indireta e do racismo institucional podem influenciar no ensino superior. Somando-se a isso, foi realizada uma análise das legislações internacionais e nacionais vigentes e como essas podem atuar como ferramentas para o alcance de uma igualdade material no ensino superior. Por fim, é feita uma analise estatística dos dados da UFRGS no tocante à permanência e diplomação de graduandos negros e graduandas negras levando em conta o período compreendido entre anos de 2008 a 2015/1 naquela universidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Superior; Permanência; Diplomação; Graduandos negros e gr ndas negras; Ações Afirmativas; Direito da Antidiscriminação; UFRGS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata acerca da permanência e diplomação de alunos negros e alunas negras na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Analisaremos, aqui, as dificuldades de permanência e conclusão do ensino superior desses alunos e alunas na UFRGS, levando em conta as políticas públicas de acesso à esse ensino. Apesar de o Brasil apresentar, externamente, uma ideia de diversidade, reforçando o mito da igualdade racial, expressão trazida pelo sociólogo Gilberto Freyre, temos uma minoria de negros cursando o ensino superior em instituições públicas. Logo, esse fenômeno social não pode, de forma alguma, passar despercebido em um país onde temos uma enorme população de etnia negra. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, há 97.171.614 de negros no país, perfazendo a maior parte da população brasileira. A UFRGS, juntamente com outras universidades federais, desde o ano de 2008, através do seu Programa de Ações Afirmativas, trabalha com políticas inclusivas, e para isso conta o auxilio da Coordenadoria de Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas – CAF/UFRGS, a qual nasceu por meio da Decisão n. 268 de 2012, artigo 12, do Conselho Universitário. Embora mecanismos jurídicos tenham sido criados, também em nível nacional, para coibir e controlar essas disparidades (é o caso da Lei nº. 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial – e da Lei nº. 12.711/12, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais), ainda assim, acaba por se tornar o negro um estranho naquele cenário. Dados coletados junto a CAF apontam que desde a implementação do Programa de Ações Afirmativas, já ingressaram na UFRGS 3.246 alunos e alunas que no momento da inscrição optaram pela categoria "negro" (até 2012, inclusive) ou "preto, pardo ou indígena" (de 2013 a hoje). Desses, 2.818 foram lotados em vagas reservadas a essas categorias. A UFRGS possui atualmente 27.343 alunos e alunas de graduação ativos, dos quais 2.174 (8%) se inscreveram como cotistas raciais e 1.949 (7%) ocupam vagas reservadas a categoria racial. Dos alunos e alunas ingressantes desde 2008/1, quando da implementação do Programa de Ações Afirmativas, 5.866

1 Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul e Graduando do Curso de Direito do Unilassalle Canoas *E-mail*: *marcinhodocouto@gmail.com*

diplomaram-se até o momento, dos quais 235 (4%) inscritos como cotistas raciais e 168 (3%) ocupantes de vagas reservadas. Acrescenta-se a isso, o prejuízo de a instituição, até o momento, não ter condições de verificar quantos alunos negros e alunas negras possui.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS: CONCEITO E PROBLEMÁTICAS

2.1 **Ações afirmativas no ensino superior e distinção entre raça e etnia**

Não raras vezes quando se trata acerca de ações afirmativas, principalmente no ramo da educação, vem à tona a discussão sobre os termos raça e etnia, como, por exemplo, podemos encontrar em Kabengele Munanga (2000), Sabrina Moehlecke (2002), Assis & Canen (2004) e Nilma Lino Gomes (2012). O que salta os olhos, conforme aponta Cidinha da Silva (2003, p. 39), é o fato dessa, "´Dúvida` nova, haja vista que, para discriminar, o tiro vem sendo historicamente certeiro, mas para garantir direitos (desconstruindo privilégios), surpreendentemente, a pessoa negra se desvanece na decantada miscigenação racial brasileira".

O tema é sinuoso e bastante polêmico, contudo, indo de encontro aos discursos de ódio[2] ou *hate speech* e sentimento de injustiça daqueles indivíduos que se dizem não alcançados pelas políticas de ações afirmativas, buscaremos fazer a diferenciação técnica entre esses dois termos, raça e etnia.

É bem verdade, e isso já foi consagrado em nossa Constituição Federal de 1988 (quanto à efetividade ou não falaremos no capítulo pertinente as legislações voltadas para o tema) que o Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais, dentre outros, "a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça [...], cor". Além disso, como norteador de suas relações internacionais tem como princípio o "repúdio ao terrorismo e ao racismo" e ainda sugere tratamento rígido a práticas racistas ao torná-las "crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Mandamentos[3] esses que atribuem conotação sempre de repúdio a utilização da "raça" como meio de distinção.

Dito isso, quando se fala no termo "raça", há de se ter a compreensão de conceitos que orbitam em torno da palavra, para que não haja confusão de definições:

> [...] a palavra 'raça' pode ser usada de muitas maneiras. Uma delas é no sentido morfológico, fenotípico, denotando um conjunto de caracteres físicos (por exemplo, cor da pele ou textura do cabelo) que nos permite identificar indivíduos como pertencentes a um certo grupo. Assim, fala-se da raça negra, da raça branca e assim por diante. No Brasil, a palavra 'cor' é usada como seu sinônimo nesse contexto. 'Raça' pode também denotar origem em uma região do globo, assumindo o significado de

---

2 De acordo com DE FREITAS e DE CASTRO (2013, p.344) "Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e, de acordo com Jeremy Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado. [...] Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*hate speech*), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado "diferente", quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social. Já para Winfried Brugger (2010, p. 118) "[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas."

3 Ver art. 3º, inc. IV; Art. 4º, inc. VIII e art. 5º, XLII, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, sem deixar de observar a Lei nº. 9.459, de 13 de maio de 1997 que altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716/89, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

> 'ancestralidade geográfica' – fala-se então de uma raça africana, raça oriental etc. Finalmente, 'raça' pode ser usada em um sentido biológico, para caracterizar uma população geneticamente diferenciada, isto é, uma subespécie. (PENA, 2005, p. 322-323)

Segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 238-239) a definição daquilo que é raça ao longo do tempo foi passando por mutações, até ser comprovada a impossibilidade de dividir ou sub-dividir os seres humanos através dessa categoria. Ainda nas palavras dessa, contemporaneamente antropólogos e geneticistas consensualmente afirmam a inexistência de raças humanas, ratificação essa apurada através da decodificação do código genético humano (projeto Genoma)[4]. Marília Carvalho (2005) trouxe importante reflexão acerca da impossibilidade de uma classificação racial, pois abordou algumas variantes dessa, ao afirmar que

> [...] apoia-se tanto na aparência (características fenotípicas, como a cor da pele ou o tipo de cabelo) e na ascendência, quanto no *status* socioeconômico da pessoa. Assim, a classificação racial no Brasil é fluida e variável, com a possibilidade de se ultrapassar a linha de cor em decorrência da combinação entre aparência e *status* social. (CARVALHO, 2005, p. 78)

UNIVERSIDADE LASALLE
CANOAS-RS

Desse modo, por meio de percepções e com apoio do senso comum, passa a ser atribuído ao negro papel de indivíduo socialmente subordinado, avaliado através de estereótipo como cidadão composto de incapacidades ou dificuldades "naturais" de ascensão nos mais variados ramos da sociedade. Já para Yvonne Maggie e Peter Fry (2004, p. 70) "[...] as "raças" de fato não existem naturalmente, e um sistema de cotas implica logicamente a criação de duas categorias "raciais": os que têm direito e os que não têm."

Kabengele Munanga (2000), caminhando pela trilha da desconstrução da possibilidade de dividir seres humanos em raças, anotou o que segue:

> No século XVIII, a cor da pele foi considerada como um critério fundamental e divisor de água entre as chamadas raças. Por isso, a espécie humana ficou dividida em três raças estanques que resistem até hoje no imaginário coletivo e na terminologia

---

4 De acordo com Andréa Carla de Souza Goes e Bruno Vinicius Ximenes de Oliveira (2014, p. 562-563) "O Projeto Genoma Humano (PGH) teve como objetivo o sequenciamento dos 3,1 bilhões de bases nitrogenadas do genoma humano. O genoma é o conjunto de DNA de um ser vivo, e o DNA é formado pela ligação sequencial de moléculas denominadas nucleotídeos. [...] O grupo que se propôs a sequenciar o genoma humano consistiu em um consórcio público internacional, liderado pelo National Human Genome Research Institute (NHGRI), subordinado ao National Institute of Health (NIH) dos Estados Unidos. Reunindo equipes de pesquisa e laboratórios de vários países, seu objetivo central era o sequenciamento completo do genoma humano. Um dos projetos mais ousados no campo das ciências biomédicas, sua proposta foi lançada pelo Department of Energy (DOE) na década de 1980, motivada por um ímpeto de investimento em pesquisas genéticas, a impulsionar pesquisas relacionadas à Biologia Molecular. Já Marilena V. Corrêa (2002, p.279-280) faz suas considerações acerca do Projeto Genona no seguinte sentido: "Um marco fundamental na nova genética é o Projeto Genoma Humano (PGH). O PGH é um consórcio internacional de pesquisas liderado pelos Estados Unidos que se iniciou em 1990. Embora se fale de um projeto globalizado, os Estados Unidos participam com dois terços da pesquisa; Inglaterra, França, Alemanha, Canadá e Japão com quase todo o restante de projetos, sendo pouco significativa a participação de outros países. Nesse consórcio, os dados são tornados públicos e os resultados parciais – as seqüências genéticas – são isponibilizadas rapidamente por via eletrônica. Em conseqüência, diferentemente do que se passa em outras pesquisas, não se patentearia nem se reteria em segredo a informação produzida durante etapas intermediárias de pesquisa – basicamente, informação sobre seqüências de genes humanos. Foram desenvolvidos métodos automatizados de seqüenciamento de genes e sua aplicação resultou no surgimento e rápido crescimento de uma disciplina – a bioinformática, que é muito mais que um suporte à genômica. Os projetos genomas – humano ou não – e outros projetos nessa área são, hoje, dependentes de técnicas e métodos informatizados.

> científica: raça branca, negra e amarela. Ora, a cor da pele é definida pela concentração de melanina. É justamente o grau dessa concentração que define a cor da pele, dos olhos e do cabelo. A chamada raça branca tem menos concentração de melanina, o que define a sua cor branca, cabelos e olhos mais claros que a negra, que concentra mais melanina e por isso tem pele, cabelos e olhos mais escuros, e a amarela numa posição intermediária, que define a sua cor de pele que, por aproximação, é dita amarela. Ora, a cor da pele resultante do grau de concentração da melanina, substância que possuímos todos, é um critério relativamente artificial. [...] Os negros da África e os autóctones da Austrália possuem pele escura por causa da concentração de melanina. Porém, nem por isso eles são geneticamente parentes próximos. Da mesma maneira que os pigmeus da África e da Ásia não constituem o mesmo grupo biológico, apesar da pequena estatura que eles têm em comum.
> [...] Combinando todos esses desencontros com os progressos realizados na própria ciência biológica (genética humana, biologia molecular, bioquímica), os estudiosos desse campo de conhecimento chegaram a conclusão de que a raça não é uma realidade biológica, mas sim apenas um conceito, aliás, cientificamente inoperante, para explicar a diversidade humana e para dividi-la em raças estanques. Ou seja, biológica e cientificamente, as raças não existem. (MUNANGA, 2000, p.19-21)

Apesar de diferente entendimento ter sido dado ao longo dos tempos, primordialmente o escopo que se tinha ao fazer uma classificação dos seres humanos através do conceito raça, era o de operacionalizar o pensamento, ou ainda o de bem organizar indivíduos como parte de um determinado grupo, contudo, isso de forma equivocada, desembocou no já felizmente extinto, "racialismo". "O racismo deriva do racialismo, antiga doutrina protocientífica que afirmava que as diferenças biológicas existentes no interior da espécie humana eram grandes o bastante para diferenciarem raças com qualidade psicológicas, intelectuais ou de caráter distinto." (BRASIL, 2009, p.193). Antônio Carlos Rocha de Sousa (2013) diz

> A concepção racialista, era baseada numa "teoria científica das raças humanas", que possibilitaria uma definição arbitrária e eventualmente útil de raças humanas sem qualquer ideia de consequências e eventuais medidas a serem tomadas de superioridade desta ou daquela raça sobre a outra, de maneira geral ou num campo específico; implicações políticas, a favor ou contra a miscigenação, etc (SOUSA, 2013, p. 57)

Por certo, para tratar sobre o tema raça não se pode usar uma única área do conhecimento, e nesse ponto a transdisciplinaridade é instrumento essencial na superação do assunto. De acordo com Antonio Sérgio Alfredo Guimarães (2008), dentre outras áreas do conhecimento, a da biologia e da sociologia, respectivamente, mostram ser

> [...] impossível definir geneticamente raças humanas que correspondam às fronteiras edificadas pela noção vulgar, nativa, de raça. Dito ainda de outra maneira: a construção baseada em traços fisionômicos, de fenótipo ou de genótipo, é algo que não tem o menor respaldo científico. (GUIMARÃES, 2008, p.65)
> São discursos sobre as origens de um grupo, que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais, intelectuais, psicológicas, etc., pelo sangue (conceito fundamental para entender raças e certas essências). (GUIMARÃES, 2008, p. 66)

Paradoxalmente, quando falamos em etnia, questões étnico-raciais, ou ainda identidade étnica, estamos a falar de conceito mais amplo e abrangente, o qual percorre o caminho inverso da existência em relação ao termo raça, pois a cada dia ganha mais força.

Conforme Maria Batista Lima (2008, p. 38), ao referir-se as etnias negras afirma que "no contexto brasileiro são demarcadas pelas raízes históricas sócio-culturais e políticas que marcam a formação populacional brasileira no contexto do escravismo e pelas relações estabelecidas tanto nas

suas ancestralidades distantes como nas vivências contemporâneas." No dizer de Diego Junior da Silva Santos e outros (2010, p. 124) vamos encontrar, que etnia "refere-se ao âmbito cultural; um grupo étnico é uma comunidade humana definida por afinidades linguísticas, culturais e semelhanças genéticas. Essas comunidades geralmente reclamam para si uma estrutura social, política e um território".

Ao passo que avançamos neste trabalho o conceito de etnia vai se tornando mais nítido à medida que o esmiuçamos e passamos a compreender que trata-se de um conceito distinto de raça. Está no cerne da compreensão de etnia, a sensibilidade de assimilar que

> O conceito baseia-se na idéia de pertencimento, inclusão em um grupo em que as pessoas se reconhecem e se deixam reconhecer e se distingue, devido às suas características, de outros grupos. Essas características também contribuem na formação da identidade de cada membro do grupo através da cultura, que carrega significados, símbolos e atribuições características de cada grupo. (BRASIL, 2006, p. 118, grifo nosso)

Na opinião de Nildo Viana (2007, p. 18) etnia está ligada ao coletivo, estando contidos nesse, por exemplo, sociedades ou comunidades de pessoas que são ou originaram-se de um território comum, essas possuidoras de uma também comum cultura, seja por falarem a mesma língua, terem as mesmas crenças, valores, dentre outros costumes e características semelhantes, além de uma identidade coletiva de pertencimento étnico. Ainda nas palavras desse, há etnia de laços fortes e frágeis, originalmente toda etnia possui laços fortes, já os frágeis surgem com o advento do capitalismo[5]. Contudo, ao nosso ver, a questão nuclear quando se trata de etnia esta ligada a identidade coletiva, ao sentimento de pertencimento a determinado grupo, pois o indivíduo que busca alguma reivindicação social juntamente com um grupo ou simplesmente tem empatia por ele, pode aos poucos introjetar as demais características mencionadas por Viana.

A propósito, ainda no tocante ao pertencimento a um determinado grupo,

> em busca de uma designação que contemple todos os negros e negras das Américas, o MN[6] e o MMN do Brasil propuseram o termo Afrodescentes durante o processo preparatório da III Conferência Mundial contra o Racismo, ocorrida em Durban, África do Sul, de 30 de agosto a 7 de setembro de 2001. A expressão origina-se de outra, a inglesa *people of african descent*. (AÇÕES AFIRMATIVAS EM EDUCAÇÃO: experiências brasileiras, 2003, p.43)

José Geraldo da Rocha (2010, p. 899-904) antes de tratar sobre a terminologia afrodescendente, ressalta de forma introdutória as associações negativas vinculadas a palavra negro, como "a coisa está preta", "a situação está preta", "câmbio negro", "vala negra", "buraco negro", dentre tantas outras arraigadas em nossa sociedade que em seu horizonte sempre delineiam algo de ruim. Todavia, por meio dos movimentos sociais e grupos brasileiros de combate ao racismo o termo negro foi sofrendo modificações e a aceitabilidade da terminologia afrodescendente vai aumentando, os tabus vão sendo quebrados e as pejoratividades vão ficando para trás no momento em que é feito um resgate voluntário das origens africanas.

---

5 Nildo Viana (2007, p. 21) ao tratar sobre etnia e capitalismo aduz: "Como a expansão capitalista é uma expansão também territorial, então a ligação entre etnia e território passa a ter importância fundamental. Os conflitos sociais derivados daí estão envolvidos fundamentalmente na luta pela terra e a expansão capitalista vai, paulatinamente, provocar uma desapropriação territorial e isto provoca, em muitos casos, a destruição de etnias, cujo processo se inicia de forma mais abrupta e radical com o extermínio físico ou com a chamada "aculturação", que, no início, se caracteriza pela transição de etnia com laços fortes para uma etnia com laços frágeis. Neste contexto, o preconceito étnico irá justificar e legitimar tal processo e, como nossa sociedade não é homogênea, grande parte da população que poderia se opor a ele acaba acatando-o devido a esta legitimação."

6 As siglas MN e MMM significam, respectivamente, Movimento Negro e Movimento de Mulheres Negras.

Dito de outra forma, ainda nas palavras de Rocha (2010), ao termo negro foi sendo impresso novos significados ou resignificados para contar novamente a história, agora demarcando a palavra negro como valor. Assim, surge a compreensão de que ser pessoa negra no Brasil é estar de alguma forma vinculado a África (principalmente por meio de antecestrais). No momento em que essa origem passa a ser motivo de orgulho para as pessoas negras, porque então não ratificar que se é negro, sim, mas agora com um significado terminológico diferente, afro-brasileiro.

Portanto, resta claro que quando falamos acerca raça e etnia, estamos tratando de conceitos distintos, inclusive no plano da existência, pois a primeira se quer existe conforme a ciência já provou, a segunda, ganha força e esta cada vez mais viva nos debates e reivindicações de grupos étnico-raciais, excluindo-se os fins obscuros e controversos que por vezes lhe são dados com a finalidade de vantagem pessoal. Dito de outra forma, ainda que existam várias formas de empregar o termo raça, seja ela do ponto fenotípico ao observarmos características físicas como pele, cabelo, nariz ou através de características do povo de determinada região, tais juízos não possuem respaldo técnico algum. Hoje, raça não passa de um construto social fulcrado no senso comum, utilizado com nuances segregacionistas, e com escopo velado de discriminação/hierarquização, na tentativa de posicionar as pessoas negras de forma subordinada nas mais diversas áreas da sociedade, haja vista que transdisciplinarmente restou comprovado através da sociologia, antropologia, genética e avanços biológicos a impossibilidade de dividir os seres humanos em raças, por conseguinte inexistindo essas. Já quando falamos em etnias negras, identidade étnica ou étnico-racial, logo devemos entender a ideia de um grupo, coletividade ou comunidade, identificado com raízes históricas, sócio-culturais e políticas conectadas ao escravismo, a ancestralidade, afinidades linguísticas e aos simbolismos negros, pessoas que reconhecem e se deixam reconhecer como pertencentes aquele grupo, as quais de alguma maneira insurgem-se por mudanças na estrutura social, política e/ou territorial, surgindo assim uma consciência identitária[7].

2.2 Conceituando e desmistificando a compreensão acerca de ações afirmativas

Ao tratarmos de políticas públicas afirmativas no ramo da educação, mais conhecidas como "cotas", buscaremos analisar fases ulteriores ao ingresso no ensino superior por meio dessas, tais como: a permanência e a conclusão. Para isso, levaremos em conta as políticas afirmativas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), instituição pública de ensino superior, voltadas para alunos negros e alunas negras[8]. Apesar de o Brasil apresentar, externamente, o factoide da diversidade ou democracia racial conforme já apontava Gilberto Freyre (1930), a partir do qual se vê a pretensão de inculcar que todos têm direitos e oportunidades iguais, ainda sim temos poucos negros ou em minoria, cursando o ensino superior em instituições públicas dessa natureza. Nesse sentido, o Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades – CEERT[9] (2016), aponta que em 2004 16,7% negros e negras de 18 a 24 anos eram frequentadores do ensino superior, mas apesar desse número ter aumentado para 45,5% em 2014, ainda assim tais número não atingem o percentual que já tinham os brancos no

7 Stuart Hall (2005, p. 11-12) ao tratar da identidade sobre a visão sociológica, afirma que essa "preenche o espaço entre o "interior" e o "exterior"— entre o mundo pessoal e o mundo público. O fato de que projetamos a "nós próprios" nessas identidades culturais, ao mesmo tempo que internalizamos seus significados e valores, tornando- os "parte de nós", contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural. A identidade, então, costura (ou, para usar uma metáfora médica, "sutura") o sujeito à estrutura. Estabiliza tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam, tornando ambos reciprocamente mais unificados e predizíeis.

8 Neste estudo ao utilizarmos o termo negro/a, para caracterizarmos as pessoas pretas e pardas conforme IBGE.

9Material disponível no sítio do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades: http://www.ceert.org.br/noticias/educacao/10307/negros-quase-triplicam-no-ensino-superior-no-brasil-em-10-anos Acesso em: 07.03.2016

ano de 2004, 47,2%. Contudo, para entender essa realidade precisamos compreender conceitualmente o que são e qual a função social das ações afirmativas

> [...] elas visam oferecer aos grupos discriminados e excluídos um tratamento diferenciado para compensar as desvantagens devidas à sua situação de vítimas do racismo e de outras formas de discriminação. Daí as terminologias de "*equal opportunity policie*s", ação afirmativa, ação positiva, discriminação positiva ou políticas compensatórias. (MUNANGA, 2003, p. 117)

É importante ressaltar que essa modalidade de política pública não é uma criação ou descoberta brasileira, muito antes pelo contrário. Seu embrião surgiu fora do nosso país, e passou antes por outros lugares do mundo, temos então, que as ações afirmativas foram

> [...] concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema. (GOMES, ano 2001, p. 38)

Como descrito por Sabrina Moehlecke (2002, p. 198) na década de 60 os norte-americanos passavam por um momento de reivindicações democráticas em seu país, das quais a de mais visibilidade era a da busca pelos direitos civis, e dentro deles a busca de igualdade para todos. Naquele período as leis que segregavam começaram a perder força no país, e o movimento negro com suas lideranças de projeção nacional, apoiado por progressistas brancos e liberais, unem-se pela defesa de direitos. É assim que nasce e se desenvolve a ideia de ação afirmativa, fazendo com que o Estado não só garanta leis anti-segregacionistas, mas tutele, de forma ativa, melhores condições para a população negra americana.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 103) afirma em seus estudos que os Estados Unidos, no campo da educação, colocaram em prática os primeiros programas de ações afirmativas no início dos anos 60. O Presidente Kennedy por meio de decreto executivo determinou a tomada de medidas positivas com o escopo de promover, garantir que negros e negras tivessem acesso a um sistema educacional de qualidade, o qual era historicamente frequentado, reservado e privilégio de pessoas brancas.

Conforme Matilde Ribeiro (2014, p. 84) as ações afirmativas por sua vez são caminhos formados por leis e mecanismos inclusivos de políticas de igualdade racial, os quais incidem no fortalecimento institucional, desde que observados os impactos sociais positivos na promoção da igualdade de oportunidades para grupos alijados pelas discriminações e injustiças históricas, essas ainda podem ser compreendidas como um conjunto de políticas, públicas ou privadas, fomentadoras da igualdade de oportunidades para aqueles grupos, corrigindo assim efeitos atuais da discriminação praticada outrora, em desfavor da população negra, indígena e das mulheres. Esse caminho que são as ações afirmativas conforme mencionados por Ribeiro (2014) não são edificados, nem construídos solitariamente. Pois, não só no meio acadêmico, mas no ramo da pesquisa, estudiosos estão preocupados e atentos aos efeitos presentes da discriminação passada.

Nessa esteira, Roger Raupp Rios (2008), opondo-se a nomenclaturas como “discriminação inversa”, “discriminação invertida”[10], dentre outras as quais por vezes acabam sendo controvertidas quando se fala em políticas públicas, conceitua da seguinte forma ações afirmativas

---

10Rios opõe-se a essas nomenclaturas por entender que “Ao termo “discriminação inversa”, assim como “discriminação invertida”, costuma-se associar uma conotação negativa. Assim como a “discriminação de primeira ordem” significa prejudicar negros, a ideia subjacente à discriminação inversa é a mesma: prejudicar brancos. (2008, p.157)

> [...] conjunto de medidas, conscientes do ponto de vista racial, visando beneficiar minorias raciais em situação de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal. Consoante a evolução referida, observou-se uma extensão do conceito. Ação afirmativa, então, passou a ser conceituada como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica e sexual. (RIOS, 2008, p.158)

As ações afirmativas não são um remédio social isolado com o qual se medica os males de determinado grupo minoritário, e sim, como bem aponta Rios (2008, p. 158), um bloco de medidas racionais com o desiderato de beneficiar minorias raciais em um primeiro momento. *Latu sensu*, com o alargamento do conceito, também passou a preocupar-se com critérios étnicos e sexuais, de grupos fragilizados socialmente por conta de sua condição social e a perpetuação de uma nefasta discriminação estatal e social. Somando-se a isso, a Secretária de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - (SEPPIR)[11] compreende ações afirmativas como "políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades raciais presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos. Uma ação afirmativa busca oferecer igualdade de oportunidades a todos."[12]

Ainda que seja o princípio da igualdade[13] contemplado na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, podemos notar não ser esse um mandamento com eficácia plena, pois, caso fosse, não trataríamos sobre ações afirmativas de forma tão corriqueira como contemporaneamente se põe em pauta, nem tantas reivindicações por parte de negros e negras, e outros movimentos étnico-raciais estariam a eclodir diariamente.

Conforme Cidinha da Silva (2003, p. 20-21), as ações afirmativas objetivam para as pessoas negras o combate ao racismo e seus efeitos duradouros de ordem psicológica, além disso, buscam mudanças em âmbito cultural e de convivência entre os "diferentes", e para que a igualdade de fato se concretize, essa convivência entre os ditos "diferentes" como mecanismo de mudança estrutural, só faz sentido no momento em que se descontroem as estruturas da desigualdade[14]. A Comissão Interamericana de

---

11 "Criada pela Medida Provisória n° 111, de 21 de março de 2003, convertida na Lei 10.678, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República nasce do reconhecimento das lutas históricas do Movimento Negro brasileiro. A data é emblemática, pois em todo o mundo celebra-se o Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Organização das Nações Unidas (ONU), em memória do Massacre de Shaperville. Em 21 de março de 1960, 20.000 negros protestavam contra a lei do passe, que os obrigava a portar cartões de identificação, especificando os locais por onde eles podiam circular. Isso aconteceu na cidade de Joanesburgo, na África do Sul. Mesmo sendo uma manifestação pacífica, o exército atirou sobre a multidão e o saldo da violência foram 69 mortos e 186 feridos." Dentre as áreas de competência da SEPPIR estão, por exemplo: "II - formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; III - articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação da promoção da igualdade racial; V - planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas; VI - promoção do acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem o cumprimento dos acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e de combate à discriminação racial ou étnica." Material disponível no sítio da Secretária de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) <http://www.seppir.gov.br/sobre-2/institucional#competencias>. Acesso em: 08.03.2016

12 Material disponível no sítio da Secretária de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>. Acesso em: 07.01.2016

13 - Art. 5º, Caput, CF/88, sem prejuízo dos demais dispositivos dessa carta.

14 Jean-Jacques Rousseau (1754, p. 38-39) ao tratar sobre desigualdade ensina: "Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios

Direitos Humanos – CIDH em sua Convenção contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, assim o define

> Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. (CIDH, 2013, p.3)

Assim como os efeitos do racismo e de suas variantes são duradouros e nefastos, fazer com que a sociedade, ou ainda a maior parte dela compreenda a necessidade, importância e objetivo de uma ação afirmativa, não se trata de tarefa menos complexa em termos de duração, principalmente no campo da educação, trata-se sem dúvida, de um trabalho longo, árduo, e diário.

Ainda nesse viés, Gomes (2001), define ações afirmativas, mencionando a educação como uma área receptora de tais políticas públicas

> [...] Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p.40)

UNILASALLE CANOAS RS

O imaginário popular acaba por vezes distorcendo e dando uma compreensão equivocada sobre essa política, fazendo assim com que se perpetuem as desigualdades. Nele são encontrados mitos[15] tais como que as cotas são inconstitucionais e ferem o princípio da igualdade, cotas subvertem o princípio da meritocracia, cotas rebaixam o nível acadêmico das universidades, que elas poderiam criar uma tensão étnico-racial no país, e por fim, o mais usual argumento utilizado no meio popular, cotas raciais são uma discriminação contra pessoas brancas pobres. Argumentos como esses perpetuam e fomentam as desigualdades.

Todavia já foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal[16], de forma unânime, que as ações afirmativas são constitucionais, não criam qualquer discriminação e são fatores para corrigir desigualdades históricas. Não apenas isso, no tocante ao rebaixamento do nível acadêmico, pesquisa aponta dado que vai de encontro aos argumentos desfavoráveis, pois "Na UFMG, por exemplo, que passou a adotar políticas afirmativas em 2013, as notas dos cotistas chegam a ser até 50% superiores aos dos não-cotistas em alguns cursos." (BRASIL, 2015). Quanto ao argumento de que pessoas brancas e pobres não são alcançadas por políticas públicas voltadas para a educação no ensino superior, isso não é uma verdade, haja vista a política de cotas ser realizada em grande parte paralelamente, concomitantemente com a observação da renda, ou seja, uma não exclui a outra, prova disso é o critério de ingresso para alunos de escola pública.

---

de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles." O Estatuto da Igualdade Racial (2010, p13) trás em seu Art. 1º, Inc. II, o conceito de desigualdade racial: "toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;"

15 Material disponível em: http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/conheca-7-mitos-sobre-as-cotas-raciais. Acesso em: 10.03.2016

16 Trato sobre o ADPF nº. 186/DF na pág. 30 deste trabalho.

Alender Max de Souza Moraes (2012, p. 41), alega que "no imaginário popular, é forte a crença de que o acesso aos bens sociais (materiais e imateriais) não está condicionado ao pertencimento de indivíduos à determinada raça." Rios (2008), ao enfrentar essas críticas à política de cotas, aborda o princípio da meritocracia, e chama atenção para a primeira questão a ser observada para ponderar esta objeção a tal princípio, a compreensão do que seja mérito individual, como mensurá-lo e em relação a que objetivos

> Com efeito, não há qualquer determinação constitucional quanto à pontuação em concurso vestibular como método único apto a aferir mérito individual. Mais que isso: não há qualquer dado objetivo que aponte correspondência direta e necessária entre o desempenho no concurso vestibular, por si só, e o rendimento no curso e, ainda mais longe, na vida profissional e científica.
> [...] em raciocínio totalmente adequado à alegação de que alguns (com mais méritos) seriam preteridos por outros (com menos mérito), em virtude de políticas de cotas, não há vítimas inocentes com direitos violados, mas sim benefícios indevidos decorrentes do racismo. A questão correta, portanto, não é de desprezo do mérito da vitima inocente, mas sim de evitar privilégios indevidos decorrentes da histórica supremacia branca. (RIOS, 2008, p. 203)

Em última análise, nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), ações afirmativas tem

> [...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. *Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado forma e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (ROCHA, 1996, p.286)

Percebe-se, assim, com as definições trazidas para elucidar seu significado e objetivos que ações afirmativas são políticas temporárias capazes de serem concebidas através de órgãos/instituições públicos (governos federais, estaduais, distrital e municipais) ou entidades privadas, fazendo assim, através de arcabouço legislativo e conjunto de medidas sempre empregadas do ponto de vista racional e consciente, com que grupos fragilizados e discriminados socialmente alcancem além da igualdade formal a igualdade material[17]. Pontualmente quanto as pessoas negras, superando as desvantagens

17 Para Hans Kelnsen (2006, p. 256) "Como Direito Formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito Material entendem-se as normas as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas com Direito civil, Direito penal e Direito Administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos Direito civil, Direito Penal e Direito Administrativo." Paulo Nader (2012, p. 142) aduz que as fontes materiais constituem-se através dos fatos sociais, das mazelas, entraves na sociedade, os quais são condicionados por aquilo que se chama fatores do Direito, tais como a moral, a economia, geografia, dentre outros. Já as fontes formais, segundo o autor, têm diversas maneiras de se apresentar para seus destinatários, mas costumeiramente o fazem pela lei, assim as normas jurídicas se exteriorizam-se, se tornando conhecidas.

prévias[18] e as desigualdades raciais[19] que insistem em se atualizar na sociedade, tendo assim a oportunidade de acessar determinados lugares – *ambiente acadêmico, por exemplo* - os quais costumam, para esse público (nós), ser de difícil ou nenhum acesso, e quando o fazem, encaram adversidades sociais ligadas estreitamente a sua identidade étnica, para permanecer e concluir a graduação.

2.3 Tipologias do direito da antidiscriminação: abordando a discriminação indireta e a discriminação (racismo) institucional e suas sutilezas ainda pouco tratadas no Brasil, mas que podem influenciar no meio acadêmico

O direito da antidiscriminação[20] ou ainda *anti-discrimination law,* a bem da verdade, possui raízes na experiência jurídica estadunidense, e a passos moderados vem sendo introduzido no Brasil. Tal ramo do direito utiliza-se de instrumentos de análise do impacto de medidas específicas voltadas para a promoção da igualdade racial, as quais por vezes apresentam aparência de neutralidade e preocupação com determinado grupo, contudo, não atingem o fim que se destinam, pois, ainda assim, acabam por fazer distinções ilegítimas, e contribuem negativamente com toda uma sociedade no sentido de perpetuarem realidades discriminatórias, sendo assim, dentre outras áreas que possui o direito da antidiscriminação, abordaremos o campo da discriminação indireta e institucional.

Joaquim B. Barbosa Gomes nos ensina que discriminação indireta é

> aquela que redunda em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório. (GOMES 2001, p. 23)

Nesse mesmo viés, Rios (2008, p.21) demonstra que o direito da antidiscriminação trata a discriminação indireta como "realidades permanentes que se produzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias (discriminação indireta)." Em Luís R. Cardoso de Oliveira (2004, p. 82) encontramos a seguinte argumentação "Uma das características das práticas de discriminação indireta vigentes no Brasil é que ela costuma aparecer de maneira dissimulada, sendo por vezes de difícil identificação mesmo para aqueles que sofrem na pele os seus efeitos." De maneira notória, o Brasil ainda não encontrou mecanismos se quer para combater efetivamente a discriminação direta e seus efeitos, e já deve preocupar-se com o seguinte passo, a discriminação indireta. Na primeira esta explicita a intenção

---

18 Essa desvantagem prévia é objeto de estudo abordado pela justiça compensatória: "[...] o argumento central, que tem por sustentáculo a necessidade, para as sociedades que por longo tempo adotaram políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, de corrigir os efeitos perversos da discriminação passada. Assim, ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma <<reparação>> ou <<compensação>> pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. [...]" (GOMES, 2001, p. 61-62)

19A compreensão dessas desigualdades raciais é abordado como base filosófica-constitucional das ações afirmativas no campo da justiça distributiva a qual tem a necessidade de "se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes <<bens>> e <<benefícios>> entre os membros da sociedade. Tal redistribuição teria o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. (GOMES, 2001, p. 66-67)

20 Como descrito por Roger Raup Rios, em sua obra o Direito da Antidiscriminação "[...] o compromisso com a eficácia jurídica do princípio da igualdade levou o direito estadunidense, especialmente pela jurisprudência da Suprema Corte, ao exame de diversas situações de discriminação. Ao longo desta trajetória, iniciada com o combate a medidas abertas e propositadamente discriminatórias (*discriminação direta*), o direito norte-americano defrontou-se com a perpetuação da discriminação decorrente de medidas aparentemente neutras e desprovidas de intenção – a chamada discriminação indireta. Diante destas realidades, foram empreendidas ações afirmativas visando à superação de tais atitudes e efeitos discriminatórios." (RIOS, p. 13-14)

discriminatória e na segunda, a intencionalidade é nebulosa, oculta, velada. Assim, apesar da dificuldade de identificação da discriminação indireta, uma grande aliada para sua aferição são as estatísticas, prova incisiva disso são os casos *Griggs*[21] e *Albermale Paper Co v. Moody,* onde encontramos que quando do julgamento do caso

> a Corte Suprema teve a oportunidade confirmar o entendimento esposado em <<Griggs>>, estabelecendo que em tais casos cabe ao autor da ação apenas demonstrar a presença de um <<prima facie case>>, isto é, de um caso manifesto de discriminação (ilustrável, em geral, por estatísticas irrefutáveis) restando ao réu, ou seja, à empresa ou ao órgão público empregador, o ônus de provar que aquela exigência é legitima e constitui requisito indispensável ao desempenho da atividade. (GOMES, 2001, p. 190)

Ainda que o ramo da discriminação indireta tenha tido sua origem para dirimir casos de discriminação na área de emprego, haja vista sua eficácia foi estendido e aplicado para/em outras áreas da sociedade, uma delas é a educação. Como trabalharemos mais adiante com as estatísticas voltadas para a permanência e conclusão do ensino superior dos alunos negros e alunas negras da UFRGS, se faz pertinente a compreensão daquilo que é discriminação indireta e como podemos identifica-la. Na maioria das vezes mudanças se dão de forma traumática, pois o indivíduo branco por natureza costuma estar confortável e acostumado com seus privilégios, nesse sentido a mudança de atores no campo acadêmico, ou seja, o negro e/ou negra, na universidade federal pode ser visto com estranheza, Waléria Furtado Pereira, afirma que

> [...] é no interior da universidade pública brasileira que se forma a elite que conduz os rumos da nação. E essa elite foi, durante anos, ocupante de praticamente 100% das vagas. Está em jogo a mestiçagem dessa elite, a quebra do monopólio ideológico branco, a descolonização do pensamento e a distribuição de um serviço público de boa qualidade para os pobres, discriminados, excluídos. (PEREIRA, 2012, p. 171-172)

As formas dessa manifestação discriminatória costumam surgir de maneira quase sempre sútil, não se dão de forma deliberada e expressa, mas de forma dissimulada fazendo com que os discriminados assimilem, se integrem e entreguem ao grupo dominante, ou seja, não fazendo ou fazendo de forma moderada uso de seus costumes ou simplesmente deixando de lado sua identidade étnico-racial, passando simplesmente a adaptar-se à "normalidade". Aos que ainda resistissem, pelo simples fato de se reconhecerem como negros, se atribuiria uma cultura minimalista, assim "se levariam os "desviantes" à integração ao grupo, passando da minimização à eliminação das diferenças...Ser negro quase branco? Ser gay sem gestos "afetados"? Espera-se que o discriminado se esforce e adapte-se às regras para que ele, o diferente, seja tratado como "igual"[22]. Um caso bastante interessante que compreendemos como discriminação indireta é o da aluna do curso de Design da PUC-RJ[23], a qual foi discriminada, por mais de uma vez, em sala de aula por sua professora por ter seu cabelo estilo afro. Fatos como esse se enquadram perfeitamente na seara do discriminação indireta, pois nitidamente põem o grupo fragilizado,

---

21 Duke Power Co, uma empresa de energia elétrica com operações no Estado da Carolina do Norte, durante longo tempo praticou um política discriminatória em detrimento de negros. Havia negros no quadro de empregados da empresa, mas a presença deles se limitava aos setores em que preponderava o trabalho braçal, justamente aqueles de mais reduzida remuneração. [...] Por derradeiro, foi como o advento do caso "*Griggs*" que se consolidou uma noção fundamental do Direito da Antidiscriminação, que é a concernente ao ônus da prova em litígios cuja causa de pedir seja a discriminação por "impacto desproporcional". (GOMES, p. 183-189)

22 Brasil, 2009, p.31-32

23Disponível em: http://oglobo.globo.com/sociedade/aluna-da-puc-rio-denuncia-comentarios-racistas-de-professoras-em-curso-de-moda-15432279

no caso da aluna a única negra em sala de aula, em situação constrangedora, no momento em que um professor da instituição passa a fazer "piadas", tais como perguntar logo pela manhã se ela é do signo de leão, fazendo referência ao seu cabelo. Situações como essa, aparentemente desprovidas de intenção discriminatória, sem dúvida alguma, são nefastas e trazem prejuízo a um aluno ou grupo sub-representado.

Luciana Jaccoud e Mário Theodoro (2005, p. 113) ao tratarem acerca do enfrentamento da discriminação indireta explicitam seus pressupostos de maneira muito lúcida, ao apontar que essa "depende assim, de um lado, de ações específicas voltadas à "neutralização do efeito da desigualdade racial", as chamadas ações afirmativas e, de outro, de políticas de combate aos preconceitos, estereótipos e ideologias que legitimam, sustentam e alimentam as práticas racistas."

Conforme nos propusemos nesse capítulo, passo agora a tratar sobre a outra tipologia do direito da antidiscriminação, a discriminação institucional ou ainda racismo institucional.[24] Como caracteriza Matilde Ribeiro (2014, p.112) "o racismo institucional (também chamado de estrutural ou sistêmico), que é definido como fracasso coletivo das organizações e das instituições, pelo fato de não atender às necessidades das pessoas por causa da sua cor, cultura, origem racial ou étnica." A transdisciplinaridade tem sido nossa fiel aliada nesse estudo, pois entendemos não ser possível uma mudança social, uma desconstrução das desigualdades raciais e dos privilégios, sem uma conexão entre as mais variadas áreas do conhecimento. De acordo com o Programa das Nações Unidas/Brasil

> O racismo institucional é atualmente a questão mais ampla da expressão da discriminação racial, xenofobia e intolerância. Ele refere-se a práticas institucionais que tendem a pôr o grupo vitimizado em constante posição de desvantagem em relação ao grupo dominante na sociedade em diversas áreas, tais como educação, emprego, oportunidades de carreira, habitação, saúde e outros benefícios desigualmente distribuídos. Os padrões do racismo institucional tendem a ser os mesmos em todas as partes do mundo, sejam negros e latinos nos Estados Unidos, a juventude caribenha na Grã-Bretanha, os árabes e africanos na França, os turcos na Alemanha, sejam os povos indígenas da Argentina, do Alasca e da Austrália, entre outros. (PNUD, 2005, p. 133-134)

Já para Márcia Campos Eurico (2013, p. 299), ao tratar sobre o racismo institucionalizado e o anonimato que o circunda, afirma que "Ele se expressa no acesso à escola, ao mercado de trabalho, na criação e implantação de políticas públicas que desconsideram as especificidades raciais e na reprodução de práticas discriminatórias arraigadas nas instituições."

Roger Raupp Rios (2008) ao aprofundar o tema da discriminação institucional, argumenta que

> A ideia de discriminação institucional, cujo conteúdo reclama a superação da intencionalidade, e portanto desencadeia a aplicação do *disparate impact test,* encontra raízes no debate sociólogo norte-americano.
> [...]
> A perspectiva institucional, por sua vez, enfatiza a importância do contexto social e organizacional como efetiva raiz dos preconceitos e comportamentos discriminatórios. Ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual, ela voltava-se para a dinâmica social e a "normalidade" da discriminação que ela engendra, buscando compreender a persistência da discriminação mesmo em indivíduos e instituições que rejeitam conscientemente sua prática intencional. (RIOS, 2008, pág. 134-135)

Laura Cecília López, (2012, p. 127) ao tratar sobre discriminação institucional como forma mais ampla e acessória da discriminação indireta, afirma que o estudo da primeira busca dar evidência,

24 Apesar de alguns autores abordarem o instituto, por vezes, com nomenclatura diferente, tratam sobre o mesmo tema.

visibilidade aos processos da segunda, e afirma, que a forma institucionalizada da discriminação está no seio das instituições, por esse motivo tal tipologia recebeu esse nome, por fazer menção a forma perniciosa como as instituições atuam frente à problemática racial, contribuindo com a sua naturalização, normalidade e reprodução das desigualdades raciais. Joaquim B. Barbosa Gomes, de forma cirúrgica chega ao cerne da questão, e desnuda a que se destina o Direito da Antidiscriminação, ressaltando a importância do Poder Judiciário, e o Direito como instrumento de inserção de minorias para que uma efetiva modificação seja percebida, dessa forma

> normas passaram a ser interpretadas, em muitos casos, não mais como meramente proibitivas, mas autorizadoras de comportamentos e medidas <<positivas>> ou <<afirmativas>> por parte do Estado e de agentes do setor privado. Do combate à mais tradicional forma de discriminação, consistente em tratar de forma diferente e desfavorável certas pessoas ou grupos de pessoas, passou-se, pela via da interpretação judicial largamente ancorada em fatos e constatações empíricas, à luta pela erradicação de um tipo de discriminação materializada não propriamente em atos específicos e identificáveis voltados à prática discriminatória, mas em medidas que pelo seu <<impacto desproporcional e adverso>> têm grande potencial de nocividade em detrimento dos grupos sociais mais vulneráveis (GOMES, 2001, p. 132)

Portanto, ao percorrer por essas formas mais "sofisticadas" de discriminação, não estamos a engendrar um processo de vitimização do negro no meio acadêmico, mas sim dar evidência a outras formas nefastas daquela prática a qual, por vezes, apenas quem foi vitima, quiçá nem esse, tenha percebido, pois se dão de forma difusa, oculta. Assim, mais do que a instituição de políticas públicas voltadas para a permanência e diplomação de alunos negros e alunas negras, observando os apontamentos feitos pelo direito da antidiscriminação no campo da discriminação direta e institucional, deve-se observar o real impacto que tais medidas tiveram no campo da educação, sua eficácia, para assim, se necessário, adotar novas providências na busca pela igualdade material de oportunidades.

UNILASALLE
CANOAS-RS

3 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NO BRASIL E DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O ALCANCE DA IGUALDADE MATERIAL NO ENSINO SUPERIOR

Atualmente há um aparato legal e jurídico que promete tutelar e garantir a igualdade social, penalizar práticas discriminatórias, e dar acesso a bens fundamentais, como é o caso da educação, e a outras áreas da sociedade para a população negra, contudo, o surgimento disso não foi, e não é, uma luta recente sem marcas, pois para que aqueles fossem surgindo, moldados, aplicados, e o poder público fosse sendo retirado da inércia, diversas reivindicações foram feitas. Conforme Ribeiro (2014, p. 163) "após um longo período da abolição, apenas em 1951 passa a existir o primeiro instrumento federal voltado ao enfrentamento do problema da discriminação" referindo-se a Lei nº. 1.390/51[25], conhecida como Afonso Arinos. Tal legislação incluía no rol de contravenções penais (e não criminais) à prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Já no ano de 1951 o acesso à educação para as pessoas negras era uma necessidade que buscava ser tutelada, e por meio da lei Afonso Arinos passou a tratar-se de contravenção penal a recusa por parte de estabelecimentos de ensino de qualquer natureza (curso ou grau) hospedar, servir e/ou atender alunos por preconceito com sua raça ou cor. Outra prova dessa antiga batalha legislativa e anti-racista contra a discriminação é apontada por Amilcar Araújo Pereira (2012, p. 26), onde diz que "podemos encontrar a "Carta de Princípios" escrita em 1978 pelas lideranças do então recém-criado Movimento Negro Unificado (MNU), que já reivindicava, entre outras coisas, a reavaliação do papel do negro na história do Brasil e a valorização da cultura negra". Como

25 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm. Acesso em 21.03.16

afirma Jorge Manoel Adão (2007, p. 90) "Entendemos por movimento negro toda ação, organização, articulação e resistência que os descendentes de africanos imprimam em sua *práxis*, desde sua chegada em nosso País, nestes quinhentos anos de história da colonização das terras indígenas". Nilma Lino Gomes (2011, p. 133), entende o movimento negro "como um sujeito político, com uma trajetória histórica, integrante do contexto atual da organização dos movimentos sociais e participante da articulação transnacional com outros movimentos e ONGs na luta pela construção de uma sociedade democrática." Como trata-se o movimento negro de um movimento social, é pertinente abordar os argumentos de Antônio Carlos Wolkmer acerca deste

> Na verdade, o "novo sujeito" histórico coletivo articula-se em torno "do sofrimento – às vezes centenário – e das exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária" das necessidades humanas fundamentais de grandes parcelas sociais excluídas, dominadas e exploradas da sociedade.
> É deste modo que, caracterizando a noção de sujeito enquanto identidade, que implica o "novo" e o "coletivo", privilegia-se, numa pluralidade de sujeitos, os chamados movimentos sociais. De fato, na medida em que novos movimentos sociais são encarados, quer como sujeitos detentores de uma nova cidadania apta a lutar e fazer valer direitos já conquistados, quer como nova fonte de legitimação da produção jurídica , nada mais natural do que equipará-los à categoria "novos sujeitos coletivos de Direito". (WOLKMER, 1996, p. 48-49)

Petrônio Domingues (2009, p. 968-969) ao aprofundar os estudos sobre o Movimento Negro, o divide em três fases, a primeira (1889-1937), segunda (1937-1945) e a terceira (1978-2003), e frisa que em todas elas a educação esteve presente como reivindicação. Na primeira fase, buscando preterir e superar um cenário de discriminações raciais, bem como educacionais, associações negras foram formadas[26]. É o caso, por exemplo, da Sociedade Amigos da Pátria, fundada em 13 de maio de 1908, em São Paulo, e dirigida por um ex-ativista negro, a qual criou um estabelecimento de ensino destinado a "população de cor", chamado Progresso e Aurora, a qual após atuar por cerca de dez anos encerrou suas atividades por dificuldades financeiras. O Clube 13 de Maio dos Homens Pretos, com fundação em 20 de julho de 1902, já em seu estatuto previa amparo educacional aos seus associados

> O Clube 13 de Maio dos Homens Pretos, fundado nesta capital em 20 de julho de 1902, tem por fim: a) festejar anualmente, com o brilhantismo possível, a gloriosa data de 13 de maio de 1888; b) criar escolas noturnas e diurnas, quando seus fundos o permitirem; c) criar uma biblioteca para os sócios; d) criar fundos de beneficência para os sócios e suas famílias; e) realizar conferências na sede social, versando as mesmas sobre instrução e educação, com a assistência de famílias". (Diário Oficial do Estado de São Paulo, n. 234, 22/10/1902, p.2245)

A segunda fase, ainda nas palavras de Domingues (2009, p. 977-983), está inserida no Estado Novo (1937-1945), sendo assim, passou por uma supressão de direitos democráticos e repressão política, alguns grupos negros sobreviveram, outros não tiveram a mesma sorte. No crepúsculo do Estado Novo é que o Movimento Negro reapareceu revitalizado, e apesar das dificuldades impostas, não deixa de ter a educação como uma das suas principais reivindicações. Fundada por João Cabral em janeiro de 1943,

---

26 Dentre outras que surgiram podemos mencionar: Em Campinas, a Federação Paulista dos Homens de Cor; Em Porto Alegre, o grupo de negros ligados ao jornal *O Exemplo* edificou uma escola noturna em 1902, tendo por meta estruturá-la com ensino primário, médio e secundário. De 1926 a 1929, o Centro Cívico Palmares cerrou fileiras nas lides contra o "preconceito de cor", em São Paulo, e uma de suas profícuas iniciativas foi a instituição de uma escola que, à luz das demais do gênero, tinha uma estrutura pedagógica um pouco mais sólida.

em Porto Alegre, a União dos Homens de Cor – UHC[27], já no primeiro parágrafo de seu estatuto declarava como finalidade central, dentre outras, elevar o nível intelectual das pessoas de cor em todo território nacional, habilitando-as a entrarem na vida social e administrativa de nosso país, nos mais diversos setores. De acordo com Joselina da Silva (2003, p. 227) "Além da educação, a UHC dedicou-se a atender os problemas mais imediatos e visíveis ligados às mudanças sociais e educacionais para os negros no geral e para aqueles associados a ela.".

A terceira e última fase abordada por Domingues (2009, p. 983-989), sofreu refluxo por algum tempo devido a ditadura militar, pois seus ativistas eram estigmatizados e acusados de trazer à tona um problema que não existia, o racismo no Brasil. No campo educacional, a principal bandeira desfraldada foi a da inclusão de conteúdos programáticos concernentes a história da África e cultura afro-brasileira nos currículos escolares. Porto Alegre serviu como palco para os dois primeiros Encontros Nacionais sobre a "Realidade do Negro na Educação" nos anos de 1984 e 1985, respectivamente, pois o cenário de redemocratização política em meados da década de 1980, trouxe a tendência de atomização do movimento negro. Dito de outra forma, as fases mencionadas podem ser compreendidas da seguinte maneira

> Na primeira e segunda fase, as atenções do também denominado "movimento negro" se dirigiram ao ensino fundamental; na terceira fase o eixo das preocupações passou a ser o ensino superior e, especialmente, a construção de uma educação fundada no respeito à diversidade étnico-racial. (DOMINGUES, 2009, p. 968)

Por óbvio as reivindicações do Movimento Negro na área da educação, bem como as entidades, agremiações, centro cívicos, entidades beneficentes e até mesmo organizações políticas que surgiram e foram fundadas ao longo dessas três fases, não foram todas abordadas nesse trabalho, pois é imenso o rol de reivindicações e células desse movimento surgidos ao logo desse período.

De qualquer sorte, formalmente evoluímos legislativamente e gradualmente legislações foram surgindo, e por certo o percurso histórico, menção e abordagem a todas elas transbordaria a finalidade desse trabalho.

Aliás, avanços legislativos e de ativismo jurídico transnacional no que tange a questões étnico-raciais na área da educação também foram vistos no cenário internacional. Cecília Macdowell Santos (2007) ao tratar sobre esse tipo de ativismo diz

> [...] refiro-me a um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos. (SANTOS, 2007, p. 28)

No cenário internacional, é o caso da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial[28], no capitulo dos Direitos econômicos, sociais e culturais, inciso V, essa traz a educação e a formação profissional como direitos para os seres humanos. Nessa mesma esteira, a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância[29], em seus art. 4º, inc. XI, comprometem-se os Estados a prevenir, eliminar, proibir e punir

---

27 A União dos Homens de Cor – UHC, tomou proporções significativas, chegando a se expandir por 12 estados da federação: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Paraíba, Ceará, Maranhão e Piau

28 Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139390por.pdf

29 Disponível no sítio da Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA/CIDH): http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf

atos racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância no que tange a negação de acesso à educação pública ou privada, bolsas de estudo ou programas de financiamento educacional, ainda nessa convenção o art. 7º estabelece

> Os Estados Partes comprometem-se a adotar legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica e acesso a serviços públicos, entre outras, bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. (OEA, 2013, p. 6)

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos[30] em matéria de direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como "Protocolo de San Salvador", estabelece em seu art. 13, itens 1 e 3, alínea c, respectivamente, que toda pessoa tem direito à educação e o acesso ao ensino superior será igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, através dos meios apropriados e, especialmente, pela implantação do ensino gratuito. Por fim, sem esgotar a gama de diplomas legais internacionais, de suma importância para a área da educação, temos a Declaração e Programa de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância[31], popularmente conhecida como a Conferência de Durban.

Nesse diploma de 2001, ficou reconhecida, à nível mundial, a importância da educação em todos os níveis, e que essa é um fator determinante na promoção, disseminação e proteção dos valores democráticos da justiça e da igualdade, os quais são primordiais para prevenir e combater a difusão do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias correlatas[32].

Nas palavras de Lindgren Alves

> os documentos de Durban trazem novos conceitos e compromissos importantes, particularmente para o combate ao racismo estrutural. Estes podem ser utilizados como guias à atuação dos Estados, internamente e em ações internacionais, ou como instrumento semi-jurídico para cobranças das sociedades aos governos. (ALVES, 2002. p.219)

É bem verdade que o capítulo destina-se a tratar de sobre legislações vigente no Brasil, contudo, uma viagem pelas legislações internacionais supracitadas, se fazia pertinente como forma introdutória para esse capítulo, haja vista o Brasil ser signatário dessas.

No cenário nacional, a Carta Magna de 1988, no âmbito da igualdade formal, possui dispositivos os quais estão estreitamente ligados com princípio da igualdade e conexos com o repúdio a qualquer

---

30 - Disponível no sítio da Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA/CIDH): http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp

31 "No mês de setembro de 2001, em Durban, África do Sul, cerca de 170 países se fizeram representar na Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, com o objetivo de definir estratégias globais de combate ao racismo e à discriminação em suas distintas vertentes de manifestações" (Trecho da obra Direitos Humanos: A atualização do Debate). Disponível em: http://dc.itamaraty.gov.br/imagens-e-textos/DH-Portugues03.pdf

32 - Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, item 95. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf. Acesso em: 21.03.2016

forma de distinção baseado no critério racial, e isso aplica-se a educação superior. Podemos iniciar nossa trajetória por esse diploma através do art. 3º, IV, onde está consignado que um dos objetivos de nosso país "é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor", temos também no art. 4º, VIII, norma que rege o Brasil em suas relações internacionais "repúdio ao [...], racismo" e ainda o art. 5º, XLII, "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível [...]", dentre outros princípios jurídicos-constitucionais elencados no mesmo artigo e ainda no Capítulo II, onde encontramos os direitos sociais, o art. 6º, não por acaso traz a educação como o primeiro dos direitos do cidadão. Entretanto, como bem aponta Mardióli Dalla Rosa (2012, p. 27) "não se pode deixar de perceber que a igualdade estampada em nossa Constituição deve ser compreendida levando-se em conta sua dupla dimensão, ou seja, seus dois característicos principais, incorporados na mesma rubrica: igualdade formal e igualdade material.". Somando-se a isso, ainda nesse diploma, no Capítulo III, Seção I, destinado a tratar da educação, no art. 205, temos importante e pontual dispositivo "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.".

Contudo, Arthur Roquete Macedo *et al* (2005, p. 141) denunciam essa igualdade formal que temos, ao apresentar considerações e dados sobre o ensino superior no Brasil os quais demonstram que esse não trata-se de uma realidade disponível para muitos em nosso país, e sim, praticamente, um privilégio

> O processo de expansão da Educação Superior nas duas últimas décadas foi permeado por inúmeros problemas referentes, sobretudo, à inexistência de planejamento, [...] De fato, em 2005, enquanto Argentina, Uruguai, Bolívia e México têm, respectivamente, 48, 34, 33 e 20% de jovens entre 18 e 24 anos frequentando o ensino superior, o percentual brasileiro mal chega a 15%. (MACEDO, et al, 2005, p.141)

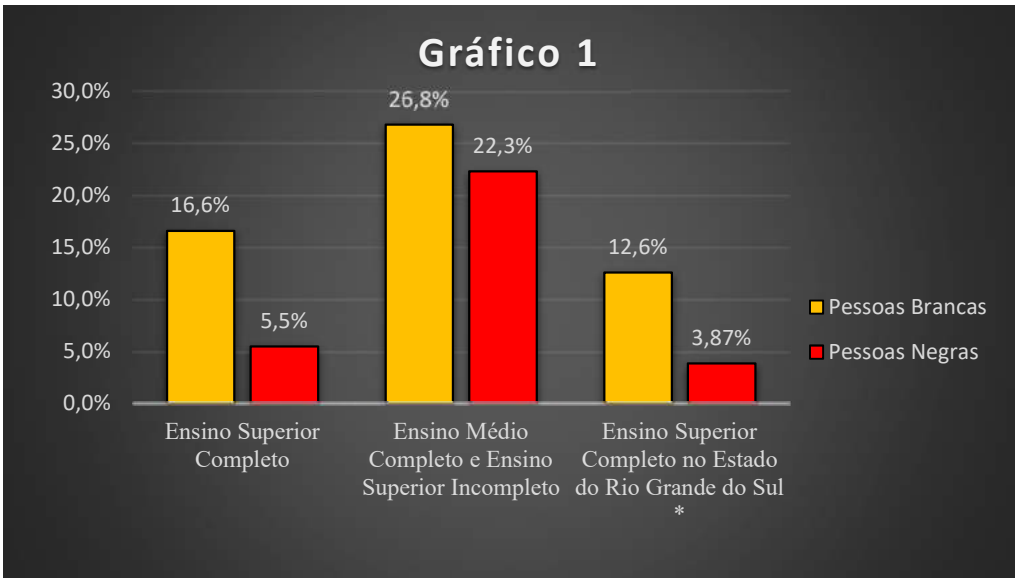
UNILASALLE CANOAS RS

Cenários de desigualdade na educação superior como esse apontado por Macedo e os observados nos dados do IBGE, por vezes são distorcidos por estatísticas e reportagens as quais acabam por deturpar e mascarar essa realidade, no momento em que vendem a ideia de que o número de pessoas negras que acessaram o ensino superior cresceu, pode ser que sim, mas apenas acessar não basta, há de se permanecer e concluir, e nossa inquietação reside nisso. Nesse sentido, Dyane Brito Reis afirma que

> de modo geral é grande a defasagem, entre alunos negros e não negros, acumulada ao longo da escola primária e secundária, e fortalecida pelas desigualdades sociais. Embora valorosa, as estratégias de acesso não são suficientes, e são necessárias estratégias que assegurem também a permanência bem-sucedida destes jovens negros ao ensino superior. (REIS, 2007, p. 51)

Há outros mandamentos constitucionais relacionados a educação como podemos encontrar no art. art. 206, I, e IV, e um de suma importância para nosso trabalho, por tratar acerca de igualdade material, que é o art. 208, V, no qual aponta, mais uma vez, que o Estado tem o dever de fornecer a educação para seus cidadãos, e quanto a ensino superior, o acesso se dará conforme a capacidade de cada um. Todavia, Ricardo Henriques (2002, p. 36) ao tratar acerca da distribuição escolar entre negros e brancos, quando realiza a comparação sobre o ensino superior, aponta que "em particular, os brancos com curso superior completo (15 anos ou mais) superam em 5 vezes os negros.". Ainda mais evidenciada está a diferença entre negros e brancos no que diz respeito a conclusão do ensino superior,

quando analisamos os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010)[33] de pessoas que possuem esse grau de instrução:



*Nesses metadados do IBGE compreende-se o estado do Rio Grande do Sul como um todo, resultado da soma das áreas rural e urbano da unidade da federação.
Fonte: Autoria própria, 2016

A educação superior é considerada por muitos indivíduos, entre eles as pessoas negras, como um veículo para facilitar sua mobilidade social, e factoides como esses atuam, de forma equivocada, dando a ideia de que o acesso ao ensino superior para negros cresce de forma natural, com isso se caminha, mais uma vez para o "mito da democracia racial", agora, aplicado à educação superior.

Diante disso, simples mandamentos constitucionais conjugados de forma isolada não são capazes de eliminar diferenças no campo da educação superior, e é ao encontro disso, justamente com a pretensão de dar atenção, bem como minimizar essas desigualdades materiais, que atuam as legislações de cunho anti-racistas vigentes no Brasil. O Decreto nº. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, foi o instrumento responsável por internalizar em nosso ordenamento jurídico pátrio a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ficando assim o Estado brasileiro comprometido, através do art. V, alínea e, inc. V, com a eliminação de qualquer forma de discriminação racial no campo da educação e a eliminação de suas formas, e ainda no mesmo instrumento, no art. VII, o Brasil compromete-se com a tomada de medidas *imediatas* e *eficazes* no campo do ensino e da educação com o fim de combater os preconceitos que levem a discriminação racial. Para fins de responsabilização penal, a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a qual preocupa-se com os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, em seu art. 6º, atua também na tentativa de inibir a privação de ingresso de aluno em estabelecimento público ou privado de qualquer grau. Na opinião de Rogéria Antunes (2014)

> os grupos minoritários gozam de plena cidadania, mas apenas num plano jurídico. As análises mais atentas e profundas sobre as relações étnico-raciais denunciam uma realidade marcada por danos sociais, econômicos e culturais que merecem ser reparados. Tal reparação é condição indispensável para alcançar de fato uma sociedade mais justa e igualitária. (ANTUNES, p.131)

33 Disponível no Sítio do IBGE: http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-1,3,4,48,128&ind=4699. Acesso em: 30.01.2016

Seguindo pela vereda das legislações, encontramos a Lei nº. 9.394/1996, que norteia as diretrizes e bases da educação nacional, e quando fazemos uma leitura atenta do capitulo IV, o qual trata acerca do ensino superior em nosso país, mais precisamente em seu artigo 43, II, temos expressamente a ideia de "formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua", guardada essa informação, e conectada com a Resolução nº. 203 de 23/06/2015[34], por exemplo, a qual preocupa-se com a reserva de vagas para negros em concursos públicos para cargos efetivos no Poder Judiciário e de ingresso na magistratura[35], veremos que, e é por isso que ratificamos a preocupação com a permanência e diplomação dos negros na universidade, para que a última tenha um efeito material/real, se concretize, e tenhamos assim uma mudança de *status* e privilégios históricos em posições de comando e decisão culturalmente não negras, negros precisam superar a fase da graduação, para só assim ser possível que esses cargos sejam providos por pessoas negras, e o mais importante além do provimento, tenham capacidade técnica para tanto e sirvam como personagens emblemáticos, inspiradores, verdadeiros "*role models"* para seus pares.

Somando-se a isso, instrumento legal de grande importância no que tange a políticas públicas afirmativas é a Lei federal nº. 12.711 de 29 de agosto de 2012, que trata sobre o ingresso nas universidades federais, dentre outros estabelecimentos de ensino da mesma esfera de competência administrativa. Já em seu art. 1º, fica estabelecido que as instituições federais de ensino superior reservarão em cada concurso seletivos de seus cursos de graduação, observando curso e turno, no mínimo 50% de vagas para aqueles estudantes que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas, dada a realidade social em que vivemos, avanço interessante, pois a maioria negra vem desse meio escolar. Nos permitiremos reproduzir *ipsis litteris* o art. 3º dessa legislação, haja vista sua importância

> Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).
> Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (BRASIL, 2012)

Diante disso, passo a tratar sobre o tema educação no campo do Poder Judiciário. Parto do pressuposto de que as ações afirmativas voltadas para a área da educação são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto julgamento emblemático da Arguição de Descumprimento de

---

34 - Disponível no sítio do Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974. Acesso em: 16.05.2016.

35 O Conselho Nacional de Justiça em ato administrativo instituiu a Resolução nº. 203, de 23 de junho de 2015, a qual versa sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Segundo o próprio CNJ "O Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) deve adotar uma reserva de vagas de 30% no concurso para ingresso na magistratura, enquanto o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) já estuda a sua implementação para o próximo concurso. [...] De acordo com o último Censo feito pelo IBGE, no Brasil 50,74% da população se declara negra ou parda, o que significa 96,795 milhões de pessoas. A Bahia é o segundo estado em que o percentual de pessoas que se declaram negras ou pardas é o mais alto – 76,27%, ou 10,6 milhões -, perdendo apenas para o Estado do Pará, com 76,76%, ou 5,8 milhões. A resolução foi embasada em um censo realizado com magistrados e servidores pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ, que apontou que apenas 14% dos magistrados declaravam-se pardos, 1,4% pretos e 0,1% identificaram-se como indígenas. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79724-resolucao-de-cotas-comeca-a-ser-adotada-pelos-tjs. Acesso em: 16.05.2016

Preceito Fundamental nº. 186/DF ajuizada pelo Partido Democratas - DEM, julgado no ano de 2012, na qual pedia que fosse declarada a inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE - primeira instituição federal de ensino superior a adotar um sistema de cota racial para ingresso por meio de vestibular -, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial[36]. É bem verdade que ao longo dessa política de ação afirmativa da instituição polêmicas surgiram, como no caso dos irmãos gêmeos, univitelinos – idênticos – Alan e Alex Teixeira da Cunha[37]. No episódio, os irmãos foram juntos a universidade e inscreverem-se no vestibular, ambos optaram por concorrer às vagas destinadas a negros e pardos (cotas), contudo apenas Alan, apesar de gêmeos idênticos, foi habilitado a concorrer às vagas destinadas para pessoas negras, seu irmão, num primeiro momento, foi barrado para concorrer por meio dessa modalidade, só conseguindo após entrar com um recurso contra a decisão da universidade, a qual reviu sua decisão e aceitou a inscrição de Alex como vestibulando cotista.

Por meio dos votos de cada ministro à época envolvidos podemos observar uma verdadeira aula magna sobre o tema, perceber que o caminho para erradicação das desigualdades sociais e raciais é a educação, e além disso, cultivar o sentimento de que o tema não se trata de uma luta inglória, visto a quantidade *amicus curae* - 12 no total[38] - vinculados ao processo e imbuídos em fazer com que os sistema de cotas fosse declarado como constitucional.

UNILASALLE
CANOAS-RS

Certamente, ainda que tenhamos inquestionavelmente evoluído legislativamente, não há como falar sobre educação no ensino superior e políticas públicas afirmativas, sem por vezes ser ácido em determinados momentos, pois a realidade no que tange a participação do negro discente no meio acadêmico está posta. Elaine Barbosa Santana (2010, p. 754) alega que "Não basta publicar edital de processo seletivo que reserve percentual de cotas, trata-se da construção de uma política que implicará a reformulação de conceitos impregnados na comunidade acadêmica e que são reflexo de um contexto histórico anterior." Ainda nas palavras dessa, para que tenhamos efeitos materiais, é de suma importância que haja uma mudança no ensino superior com conceitos e práticas pedagógicas capazes de atender a um tratamento diferenciado.

Soma-se a esse aparato legislativo a Lei nº. 12.288 de 20 de julho 2010, o Estatuto da Igualdade Racial, um marco no tocante a legislações antirracistas no Brasil, buscou fazer com que a pessoa negra tivesse aumentada suas possibilidades de transpor barreiras invisíveis e até então de certa forma instransponíveis, cuidando atentamente ao longo de seu texto de direitos e garantias relacionados à

---

36 - O acesso aos cursos de graduação na modalidade presencial para pessoas negras que optassem pelo sistema de cotas na Universidade de Brasília – UnB no primeiro semestre de 2015, conforme edital nº. 1 de 5 de janeiro de 2015, se daria com base no item 7 do edital: 7.1 Para concorrer às vagas reservadas por meio do Sistema de Cotas para Negros, o candidato deverá possuir traços fenotípicos que o caracterizem como negro, conforme normas internas das Políticas de Ação Afirmativa da UnB; o candidato deverá também efetuar a sua inscrição via internet, conforme procedimentos descritos no item 4 deste edital, optando para concorrer pelo Sistema de Cotas para Negros. 7.2 No momento do registro, o selecionado deverá assinar um termo, fornecido pela UnB, se autodeclarando negro de cor preta ou parda. 7.2.1 As informações prestadas no termo serão de inteira responsabilidade do candidato, respondendo este por qualquer falsidade. 7.3 As vagas do Sistema de Cotas para Negros que não forem preenchidas nessa etapa serão adicionadas às vagas de Ampla Concorrência (Sistema Universal) dos respectivos cursos.

37 - Disponível em: http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/veja-4-materia-capa-raca-nao-existe/. Acesso em: 28.03.2016

38 - Atuaram como *amicus curae* na ADPF nº. 186/DF: EDUCAFRO - Educação e cidadania de afrodescendentes e carentes, Fundação Cultural Palmares, Movimento Negro Unificado – MNU, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro - MPMB, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA e outro(a/s), Defensoria Pública da União, Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular – IDEP, Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes – ANAAD, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos.

participação do negro nas mais variadas áreas da sociedade, tais como cultura, saúde, meios de comunicação, moradia e a educação. Quanto a última, ao iniciar a leitura daquele texto normativo se pode aferir ao que se propõe "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"[39]. Nesse diapasão, o art. 4º, tutela a igualdade na participação da população negra na sociedade, quando trata de adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa, inclusive, em seu inc. VII, busca a "implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação [...]"[40], medidas essas formalizadas com a finalidade de reparar distorções e desigualdades sociais. A propósito, Manuela Tomei (2005, p. 12), ao tratar de ação afirmativa diz que essa "[...] baseia-se no reconhecimento de que apenas a interdição legal da discriminação não garante *per se* que as vítimas da discriminação gozarão, na prática, de igualdade de oportunidades e tratamento". O capitulo II, Seção II[41], trata pontualmente acerca da pesquisa na educação no ensino superior e na pós-graduação, e em sua áurea indica a pesquisa como uma das medidas para uma consciência de identificação e pertencimento de acadêmicos, negros e não negros, no tocante ao tema "população negra na academia", além disso, trata-se ela de um instrumento importante para a desconstrução de privilégios, e preconceitos que residem no imaginário coletivo.

Por meio ainda do Estatuto da Igualdade Racial, foi instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR), o qual teve a regulamentação do seu anexo através do Decreto n°. 8136/2013 e ainda recebeu complementos pela Portaria SEPPIR n.º 8, de 11 de fevereiro de 2014, a qual trata da adesão de outros órgãos ao sistema e as modalidades de gestão previstas pelo SINAPIR. Nesse anexo, podemos notar que o SINAPIR destina-se a organizar a articular a implementação do conjunto de políticas federais destinadas a superar desigualdades raciais existentes no pais[42], e ainda possui como objetivos os elencados no art. 5º e seus incisos, ainda desse anexo, os quais não por acaso, são os mesmos do art. 48 da Lei nº 12.288, de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial).

Por fim e ao cabo, na certeza de que as legislações abordadas por certo não esgotam o tema, pois certamente há mais, percebe-se que, hoje, as legislações brasileiras preocupam-se bem mais com o acesso do negro candidato a uma vaga no ensino superior e deixam em um segundo plano de tutela, ou quiçá nem neste plano esteja, a tutela voltada para a permanência e conclusão desses alunos e alunas no ensino superior. Por óbvio, no campo estatístico, uma vez fomentado o ingresso desse público, se trabalharmos com números e percentuais, as estatísticas relacionados ao ingresso no ensino superior, darão uma ideia de que esse esta democratizado, e todos gozam das mesmas condições e oportunidades, contudo, quando feita a aferição material da efetividade desses instrumentos legislativos, veremos nebulosidade em torno deles, e é isso que o direito da antidiscriminação reúne esforços para combater, ou seja, mais do que apenas a busca pela igualdade, a igualação entre os indivíduos.

4 A UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS AÇÕES AFIRMATIVAS VOLTADAS PARA GRADUANDOS NEGROS E GRADUANDAS NEGRAS

39 - Art. 1º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

40 - Art. 4º, inc. VII da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

41 - O fomento à pesquisa voltada para a temática étnico-racial no ensino superior pode ser encontrada no capítulo supramencionado, nos arts. 12, 13 e seus incisos e 16, da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

42 - Extrai-se essa destinação do SENAPIR, ao fazer-se atentamente a leitura do art. 1º, do Decreto n°. 8136/2013.

4.1 A criação de Políticas Públicas na UFRGS e o surgimento da Coordenadoria de Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas (CAF/UFRGS)[43]

A Universidade Federado do Rio Grande do Sul possui políticas públicas voltadas para a inclusão de graduandos negros e graduandas negras. Contudo nossa inquietação reside em torno de saber se essas realmente são efetivas no tocante não apenas ao ingresso, mas também na permanência e diplomação de pessoas negras. Para isso, de forma introdutória, se faz pertinente compreender como se deu o procedimento de instituição dessas políticas.

Foi através da Decisão nº. 134/2007 do Conselho Universitário daquela universidade, após proposta da Comissão Especial designada pelas Portarias nº. 3222/2006 e 3480/2006 que surgiu o Programa de Ações Afirmativas da UFRGS. Definia essa que no ano de 2008, 30% das vagas de cada curso teriam caráter de cota social, pois atenderiam e estariam reservadas para candidatos egressos do sistema público de ensino fundamental e médio, metade desse total, no mínimo, ficaria reservado para estudantes que auto se declarassem negros. Quando da sua instituição o programa tinha um prazo de duração de cinco anos, podendo ser prorrogado. No art. 1º da decisão analisada tínhamos

> Art. 1 – Fica instituído o Programa de Ações Afirmativas, através do Ingresso por Reserva de Vagas para acesso a todos os cursos de graduação e cursos técnicos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, de candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, candidatos autodeclarados negros egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio e candidatos indígenas. (UFRGS, 2013, p. 47)

UNILASALLE CANOAS-RS

Dentre os objetivos da decisão, constantes no art. 2º, estavam ampliar o acesso ao público mencionado no art. 1, promover a diversidade étnico-racial e social no ambiente acadêmico, apoiar os estudantes, docentes e técnico-administrativos na promoção da educação das relações étnico-raciais, e aqui frisamos, já naquele ano estava entre os objetivos da UFRGS o desenvolvimento de ações que visassem apoiar a permanência dos alunos-alvo desse instrumento legal.

Em seu primeiro ano, 2008, preocupou-se a universidade por meio do programa criado, compreender através de discussões quais eram realmente suas atribuições na política adotada pela instituição. Desse modo a comissão definiu que tinha como função orientar e visitar as Comissões de Graduação (COMGRADs), assessoria a estudantes do Programa de Ações Afirmativas, atividades de recepção de calouros, projeto de Extensão Sexta-feira Afirmativa, criação de Grupo de Estudos Ações Afirmativas, participação na Semana da Consciência Negra, articulação do Diretório Central dos Estudantes e com os Diretórios Acadêmicos sobre o "trote" e encontro com os estudantes do programa de ações afirmativas. No segundo ano de existência a Comissão focou suas ações na capacitação e sensibilização da comunidade interna para a implantação efetiva do Programa de Ações Afirmativas, acompanhamento e avaliação dos alunos e alunas ingressantes por meio de cotas. Já no terceiro ano a Comissão voltou[44] suas atenções para a audiência pública no STF sobre políticas afirmativas de ingresso no o ensino superior, a já analisada nesse estudo, ADPF nº. 186. Em seu quarto ano de atividades a Comissão decidiu por desenvolver uma capacitação de seus servidores das Comissões de Graduação

---

43 - Informações extraídas da obra Programa de ações afirmativas da UFRGS: 2008-2012. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013.

44 - A audiência pública teve por objetivo subsidira o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, da qual foi requerente o Partido Democratas, e no julgamento do Recurso Extraordinário 597.285, do Rio Grande do Sul, em que figura como recorrente Giovane Pasqualito Fialho e como recorrido, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Como a UFRGS é citada em um dos processos, foi solicitado à Universidade que enviasse uma representação que argumentasse em nome da instituição. A Audiência Pública contou com o pronunciamento da Profa. Denise Jardim, do Departamento de Antropologia da UFRGS. (UFRGS, 2013. p. 19)

para o acompanhamento dos estudantes, principalmente os cotistas. Foi nesse ano também, 2011, que houve a criação de um sítio para o programa o qual tinha escopo de dar visibilidade a esse.

Teve atenção diferenciada o ano de 2012, pois ao chegarmos nesse período às atividades da comissão completavam cinco anos, e conforme previa o art. 4º,[45] Decisão nº. 134/2007 uma avaliação conclusiva sobre o programa devia ser feita e se necessário prorrogado. Nos meses de julho e agosto de 2012 a comissão de ações afirmativas esteve presente nas reuniões do Conselho Universitário da UFRGS, nessas

> foi apreciada e discutida a proposta de renovação do Programa de Ações Afirmativas, resultando na Decisão nº. 268/2012. A nova decisão garantiu a manutenção da reserva de vagas em 30% e a ampliação para dez anos do tempo de vigência política, além da continuidade das cotas sociais às raciais. Institui também a Coordenadoria de Ações Afirmativas. (UFRGS, 2013, p.23)

Por meio então da Decisão nº. 268/2012 é que a Comissão de Acompanhamento dos Alunos de Ações Afirmativas passa a chamar-se Coordenadoria de Acompanhamento de Ações Afirmativas[46]. No art. 12 dessa decisão encontramos "Fica instituída a Coordenadoria de Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas, ligada à Pró-Reitoria de Coordenação Acadêmica, com estrutura própria [...]". A decisão supramencionada, em vigor, dá nova redação ao artigo 1º, contudo, assim como a decisão revogada, em seu art. 2º, agora no inc. V (não mais no IV, como na decisão anterior), dá atenção à permanência dos graduandos negros e negras

> Art. 1º – Fica instituído o Programa de Ações Afirmativas, através do Ingresso por Reserva de Vagas para acesso a todos os curso de graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, de candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio e de candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio autodeclarados negros e candidatos indígenas. (UFRGS, 2013, p. 183)
> Art. 2º - Este programa de Ações Afirmativas, através de Ingresso por Reserva de Vagas, tem por objetivos:
> V – desenvolver ações visando a apoiar a permanência, na Universidade, dos alunos referidos no Art. 1, mediante condições de manutenção e de orientação para o adequado desenvolvimento e aprimoramento acadêmico-pedagógico.

Feita essa análise, percebe-se que a UFRGS através de instrumentos legais internos, sem prejuízo das legislações nacionais em vigor, possui medidas formais as quais estão voltadas para a permanência de graduandos negros e graduandas negras. Todavia, há de avaliar agora, a efetividade dessas normas. Pois, não é suficiente, apesar de louvável, instituir medidas formais de permanência e diplomação de determinado público, pontualmente tratamos aqui sobre pessoas negras, se efetivamente não há um resultado prático, dito de outra forma, não há um resultado o qual possibilite, após avaliado o programa, a tomada de medidas autorizadoras de novos procedimentos por parte da universidade e do próprio poder público.

4.2 – Dados Estatísticos acerca da Permanência e Diplomação de graduandos negros e negras na UFRGS

45 - Redação do Art. 4º, da Decisão nº. 134/2007: " A reserva de vagas ficará em vigor por um período de cinco anos, sendo avaliada anualmente, e poderá ser prorrogada, a partir da avaliação conclusiva, que se realizará no ano de 2012.

46 O art. 14 da Decisão nº. 268/2012, revoga a Decisão nº. 134/2007-CONSUN, de 29 de junho de 2007.

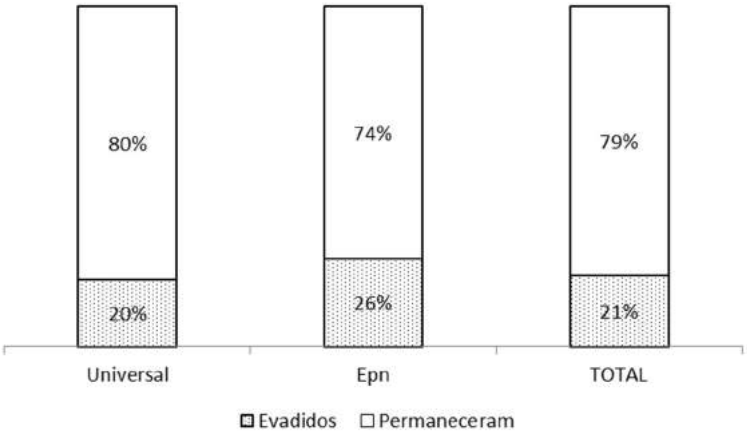
Nessa parte do estudo faremos uma análise sobre os dados estatísticos de 2008 a 2015/1, os quais são pertinentes aquilo que nos propusemos nesse artigo, avaliar as dificuldades de permanência e diplomação de graduandos negros e graduandas negras. Há na Universidade Federal do Rio Grande do Sul instrumentos legais internos os quais abordam formalmente o tema, contudo buscamos agora avaliar a efetividade desses e das legislações externas à UFRGS, porque mais do que acessar, pessoas negras objetivam permanecer e concluir sua graduação. Na tabela[47] abaixo, foram tabulados dados a partir da forma como se deu o ingresso, a qual dividimos em Universal e Epn. A segunda é a modalidade de acesso destinada a estudantes egressos de escola pública, autodeclarados negros, como um todo, na UFRGS. Vejamos então os dados que tratam sobre o ingresso, evasão e permanência na UFRGS.

Tabela 1 – Quantidade de graduandos por tipo de ingresso e situação de permanência na UFRGS no período de 2008 à 2012.

Ingresso	Evadidos	Permaneceram	Total
Universal	183	793	976
Epn	65	187	252
TOTAL	248	980	1.228

Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis no Relatório Anual CAF-UFRGS-2008 a 2012. (p.136).

Percebe-se ao analisar a tabela 1, que no período do estudo, a maioria dos alunos permaneceu após a entrada na universidade. Dos que ingressaram pelo edital universal, 183 evadiram, dos que entraram pelas cotas 65 evadiram. Nota-se que dos 1.228 alunos pesquisados que entraram 248 evadiram. No gráfico 2 esta informação é mostrada de outra perspectiva.



O gráfico 2 mostra a proporção, em percentual, da quantidade de graduandos por tipo de ingresso e situação de permanência na UFRGS no período de 2008 à 2012. Desta forma pode-se perceber como esta distribuída a permanência entre as categorias analisadas.

47 Nos quadros, tabelas e gráficos deste estudo, são utilizadas as seguintes abreviaturas U – ingressantes por acesso universal; EP – ingressantes pela reserva para escola pública; N – ingressantes pela reserva para escola pública, autodeclarados negro ou PPI – ingressantes pela reserva de vagas para escola pública, autodeclarados preto, pardo ou indígena; Ra – ingressantes pela reserva para escola pública, com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo; Rb – ingressantes pela reserva para escola pública, autodeclarado preto, pardo ou indígena, com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo; Rc – ingressantes pela categoria escola pública com renda familiar per capita superior a 1,5 salário mínimo; Rd – ingressantes pela categoria escola pública, autodeclarado preto, pardo ou indígena, com renda familiar per capita superior a 1,5 salário mínimo.

Observa-se no gráfico 2 que 20% do total de alunos evadiram no período do estudo. Também é possível ver que 19% dos alunos que ingressaram no edital universal evadiram e os que entraram pelo sistema de cotas 26% evadiram.

Dessa forma pode-se concluir que ao compararmos as proporções de evasão entre estudantes que ingressaram pelo modo de acesso universal e estudantes egressos de escola pública, autodeclarados negros na universidade como um todo, segundo o teste de qui-quadrado, realizado para verificar as proporções nominais esperadas, o estudo apurou que os resultados da pesquisa são significantes (X^2 = 5,74; p = 0,0166).

Já na tabela de número 2, faremos uma comparação entre alunos/alunas que ingressaram na universidade por meio da categoria Escola Pública, ou seja, alunos/alunas que vieram desse ensino e alunos e alunas que ingressaram/optaram pela modalidade Escola Pública, autodeclarados negros.

Tabela 2 - Quantidade de graduandos oriundos da Escola Pública por tipo de ingresso e situação de permanência na UFRGS no período de 2008 à 2012.

Ingresso	Evadidos	Permaneceram	Total
Ep	209	853	1.062
Epn	65	187	252
TOTAL	274	1.040	1.314

Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis no Relatório Anual CAF-UFRGS-2008 a 2012. (p.136).

Pode-se analisar a tabela 2 e o gráfico 3 em conjunto. Desta forma percebe-se que do total de alunos que ingressaram pelo sistema universal (1.062), 20% evadiram. Os que ingressaram pelas cotas (252), evadiram 26% e o total de ingressantes (1.314), 21% evadiram. Nota-se que proporcionalmente os cotistas evadiram mais. Buscou-se fazer uma comparação das proporções de evasão entre estudantes egressos de escola pública e estudantes egressos de escola pública, autodeclarados negros, na universidade como um todo. E no momento em que realizamos o teste de qui-quadrado para verificar as proporções nominais esperadas, o estudo apurou que os resultados da pesquisa são significantes (X^2 = 4,25; p = 0,0392).

A tabela 3 apresenta a quantidade de acadêmicos por situação e tipo de ingresso na UFRGS no período de 2008 a 2014/1.

Tabela 3 – Quantidade de acadêmicos por situação e tipo de ingresso na UFRGS no período de 2008 a 2014/1

	Escola Pública (GLOBAL)		Reserva de Vagas Negro e PPI		Baixa Renda		Universal	
Evadido	1.683	17.7%	313	15.0%	43	3.9%	4.924	17.2%
Afastado	434	4.6%	98	4.7%	40	3.7%	1.772	6.2%
Ativo	6.765	71.3%	1.590	76.0%	1.008	92.4%	19.348	67.4%
Egresso	610	6.4%	92	4.4%	0	0.0%	2.651	9.2%
Total	9.492	100.0%	2.093	100.0%	1091	100.0%	28.695	100.0%

Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis no Relatório Anual CAF-UFRGS-2013 a 2014. (p.18).

Observa-se na tabela 3 que do total de alunos ingressantes pelo edital universal (28.695) 17,2% evadiram. Dos que vieram de escola pública (9.492) 17,7% evadiram, ao olharmos para os que

ingressaram por reserva de vagas (2.093) percebe-se que 15% evadiram e os de baixa renda (1.091) 3,9% evadiu-se.

Esta demonstrado na tabela 4 a quantidade de alunos ingressantes na UFRGS no período de tempo ente 2008/1 e 2015/1, inclusive, agrupados por ingresso e categoria de ingresso

Tabela 4 – Quantidade de alunos ingressantes na UFRGS no período de tempo ente 2008/1 e 2015/1, inclusive, agrupados por ingresso e categoria de ingresso[48]

	Universal	Reserva	Escola pública	Negro	Ra	Rb	Rc	Rd
2008	3.025	1.317	1.065	252	0	0	0	0
2009	3.214	1.378	1.175	203	0	0	0	0
2010	3.460	1.501	1.280	221	0	0	0	0
2011	3.515	1.504	1.282	222	0	0	0	0
2012	3.757	1.561	1.181	380	0	0	0	0
2013	3.798	1.674	0	0	525	279	526	344
2014	3.848	1.644	0	0	520	312	500	312
2015	3.192	1.892	0	0	491	402	567	432
TOTAL	27.809	12.471	5.983	1.278	1.536	993	1.593	1.088

Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados disponíveis no Relatório Anual CAF-UFRGS-2013 a 2015. (p.8).

UNILASALLE CANOAS-RS

Por meio dessa percebe-se ao longo do tempo que aumenta a quantidade de alunos ingressantes pelo edital universal, que passam de 3.025 em 2008 para 3.192 em 2015, e também, pelo sistema de reserva que sai de 1.317 em 2008 e salta para 1.892 em 2015. O mesmo ocorre com alunos ingressantes de escola pública, que no período passa de 1.065 em 2008 para 1.181 em 2012.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esse estudo buscou-se evidenciar uma questão a qual é pouco abordada ou não abordada de maneira mais profunda, as dificuldades que pessoas negras têm após ingressarem em uma graduação, após ingressarem no ensino superior. Para isso fizemos essa análise sobre os dados de uma das mais importantes universidades do Brasil, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Com esse trabalho pretende-se chamar atenção para dados os quais por vezes são divulgados dando a idéia de que estamos vivendo uma era de "democratização do ensino superior", no sentido de que cada vez mais pessoas, e dentre elas negros e negras, estão acessando tal ensino. Como de fato avançamos significativamente quanto as possibilidade de acesso as universidades públicas, contudo esses dados divulgados sobre o ingresso não devem ser analisados de forma isolada.

Fases ulteriores como as que nos propusemos a estudar nessa pesquisa, permanência e diplomação, pontualmente quanto aos gradudandos negros e graduandas negras, devem ser conjugadas conjuntamente com os dados supramencionados. Ora, de que adianta termos um número estatístico

48 Frise-se, mais uma vez as nomenclaturas/abreviaturas empregadas nas tabela, gráficos e quadros desse estudo: U – ingressantes por acesso universal; EP – ingressantes pela reserva para escola pública; N – ingressantes pela reserva para escola pública, autodeclarados negro ou PPI – ingressantes pela reserva de vagas para escola pública, autodeclarados preto, pardo ou indígena; Ra – ingressantes pela reserva para escola pública, com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo; Rb – ingressantes pela reserva para escola pública, autodeclarado preto, pardo ou indígena, com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo; Rc – ingressantes pela categoria escola pública com renda familiar per capita superior a 1,5 salário mínimo; Rd – ingressantes pela categoria escola pública, autodeclarado preto, pardo ou indígena, com renda familiar per capita superior a 1,5 salário mínimo.

elevado de negros e negras ingressantes no ensino superior, se esse mesmo número, para usarmos a expressão técnica adequada, proporção nomimal esperada, for significantemente negativa, quando comparado à diplomação. Dos dados analisados da UFRGS, percebe-se, que alunos e alunas egressos de escola pública autodeclarados negros e negras (Epn ou PPI), possuem mais e reais dificuldades de permanência, pois evadem bem mais que os outros graduandos, e diplomam-se menos do que as demais categorias, acesso universal e egressos de escola pública, por exemplo.

Essa é uma das advertências desse estudo, não adianta apenas ingressar, ou aferir as estatísticas dos graduandos negros e graduandas negras que ingressaram na universidade, há de se avaliar também quantos desses permaneceram e chegaram ao fim de sua graduação.

Umas das ferramentas para chegarmos a uma igualdade material, igualação de condições no ensino superior entre pessoas negras e não negras pode ser o direito da antidiscriminação, o qual destina-se, também, a mensurar a efetividade das legislações e a análise do impacto de medidas específicas, as quais trazem em sua áurea aparência de neutralidade e preocupação com determinado grupo (negros e negras na UFGRS), contudo, não atingem o fim a que se destinam, pois, embora criadas, efetiva e materialmente não são postas em prática. As dificuldades de permanecer e diplomar-se das pessoas negras na UFGRS, seria um terreno fértil para a aplicação do direito da antidiscriminação, pois embora a universidade tenha criado mecanismos legais internos, e ainda seja seguidora de legislações nacionais voltadas para a promoção da igualdade racial, essas não são suficientes para, ratifique-se, dar condições de continuidade no tocante a graduação de pessoas negras naquela universidade. Seria então tal ramo do direito, o vetor, após analisar as estatísticas, de medidas autorizadoras de mudanças na área de ações afirmativas da universidade. Apesar de nesse trabalho termos chegado a essa constatação através de dados estáticos, uma persecução sobre quais e o que leva a essas dificuldades são, inequivocamente, necessárias e pertinentes, e um novo estudo seria necessário para falarmos sobre isso. Quem sabe fica a provocação para outros pesquisadores sobre o tema.

Por fim e ao cabo, chegamos à conclusão daquilo que nos propusemos para esse estudo, e isso não significa que as inquietações sobre o tema tenham sido todas dirimidas. Todavia, certamente, as diferenças acadêmicas entre pessoas negras e não negras existem, foram trazidas à tona de forma científica e com algumas medidas as quais podem ser, sim, uma saída para igualdade formal e material no ensino superior público não só na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mas também em outras universidades públicas brasileiras signatárias de políticas públicas de ação afirmativa.

REFERÊNCIAS

ADÃO, Jorge Manoel. Trajetória do movimento negro e educação no Brasil. La Salle – Revista de Educação, Ciência e Cultura, v. 12, n. 2, jul./dez. 2007

ALVES, J.A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos. Rev. bras. polít. int., Brasília , v. 45, n. 2, p. 198-223, Dec. 2002 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 Jan. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292002000200009.

ANTUNES, R., Legislações afirmativas e relações étnico-raciais na sociedade brasileira. Revista Eletrônica Trama Interdisciplinar, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 118-132, maio, 2014.

ASSIS, Marta Diniz Paulo de; CANEN, Ana. Identidade negra e espaço educacional: vozes, histórias e contribuições do multiculturalismo. Cad. Pesqui., São Paulo , v. 34, n. 123, p. 709-724, dez. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742004000300010&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 25 abr. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742004000300010.

SILVA, Cidinha da (org.) Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras. São Paulo: Summus, 2003.

BRASIL. Lei nº. 1.390, de 3 de julho de 1951. Brasília: Casa Civil; Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm. Acesso em: 21.03.2016

BRASIL. Resolução 203, de 23 de junho de 2015. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974 Acesso em: 16.05.2016

BRASIL. Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Casa Civil; Subchefia para assuntos jurídicos, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm Acesso em: 02.02.2016

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.. Brasília: Casa Civil; Subchefia para assuntos jurídicos, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 16.05.2016

BRASIL. Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010: Estatuto da Igualdade Racial. Brasília: Secretária Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2011.

BRASIL. Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Legislativo, Brasília/DF, 30 ago. 2012.

BRASIL. Decreto nº 8.136, de 5 de Novembro de 2013. Aprova o regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial - Sinapir, instituído pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8136.htm. Acesso em: 10.02.2016

BRASIL. Ministério da Educação. Secretária de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Desigualdade e diferença na universidade: gênero, etnia e grupos sociais populares. Rio de Janeiro : UFRJ, Pró-Reitoria de Extensão, 2006.

BRASIL. Ministério da Educação. Gênero e Diversidade na Escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais. Livro de conteúdo. Versão 2009. Rio de Janeiro : CEPESC; Brasília : SPM, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2015

BRASIL. Portal Brasil. Conheça 7 mitos sobre as cotas raciais. Ano: 2015. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/conheca-7-mitos-sobre-as-cotas-raciais. Acesso em: 18.05.2016.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Direito Público, [S.l.], v. 4, n. 15, fev. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/521/919>. Acesso em: 26 abr. 2016. doi:http://dx.doi.org/10.11117/dpu.v1i15.521.

CARVALHO, Marília Quem é negro, quem é branco: desempenho escolar e classificação racial de alunos. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, n. 28, pp. 77-95, jan-abr, 2005. Disponível também em: < http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27502807> Acesso em: 19.01.2016

UNILASALLE CANOAS-RS

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 2013. Disponível no sítio da Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA/CIDH): http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 09.03.2016

CORREA, Marilena V.. O admirável Projeto Genoma Humano. Physis, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 277-299, dez. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312002000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em : 15 maio 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312002000200006.

DE FREITAS, Riva Sobrado; DE CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>. Acesso em: 13 mar. 2016. doi:http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327.

DOMINGUES, Petrônio. O recinto sagrado:. Educação e antirracismo no Brasil Cad.Pesqui. , São Paulo, v. 39, n. 138, p. 963-994, dezembro de 2009. Disponível a partir <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742009000300014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 de março de 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742009000300014.

EURICO, Márcia Campos. A percepção do assistente social acerca do racismo institucional. Serv. Soc. Soc., São Paulo , n. 114, p. 290-310, jun. 2013 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 17 fev. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-66282013000200005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOES, Andréa Carla de Souza; OLIVEIRA, Bruno Vinicius Ximenes de. The Human Genome Project: a portrait of scientific knowledge construction by the Ciência Hoje magazine. Ciênc. educ. (Bauru), Bauru , v. 20, n. 3, p. 561-577, set. 2014 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132014000300561&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 15 maio 2016. http://dx.doi.org/10.1590/1516-73132014000300004.

GOMES, Nilma Lino. O movimento negro no Brasil: ausências, emergências e a produção dos saberes. Política & Sociedade : Revista de Sociologia Política / Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. – v. 10. n. 18. (2011) – . – Florianópolis : UFSC, 2011 – v. ; 23 cm. p. 133-154

GOMES, Nilma Lino. Movimento negro e educação: ressignificando e politizando a raça. Educ. Soc., Campinas , v. 33, n. 120, p. 727-744, set. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 25 abr. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302012000300005

JACCOUD, Luciana; THEODORO, Mário. Raça e Educação: os limites das políticas universalista. In: SANTOS, Sales Augusto do (org.). Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas. Brasília:

LASALLE CANOAS-RS

Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. 103-120. (Coleção Educação para Todos, v. 5)

LIMA, M. B. Identidade Étnico/Racial no Brasil: uma reflexão teórico-metodológica. Revista Fórum Identidades (Recurso Eletrônico) R454 v. 3, n. 2, p. 33-46, jan-jun, 2008. Disponível em: <http://200.17.141.110/periodicos/revista_forum_identidades/revistas/ARQ_FORUM_IND_3/DOSSIE_FORUM_Pg_33_46.pdf> Acesso em: 21.01.16

LOPEZ, Laura Cecilia. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde. Interface (Botucatu), Botucatu , v. 16, n. 40, p. 121-134, mar. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 17 fev. 2016. Epub 20-Mar-2012. http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832012005000004.

MACEDO, Arthur Roquete de et al. Educação superior no século XXI e a reforma universitária brasileira. Ensaio: aval.pol.públ.Educ., Rio de Janeiro , v. 13, n. 47, p. 127-148, jan. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362005000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 27 jan. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-40362005000200002.

MAGGIE, Yvonne; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidade brasileiras. Estud. av., São Paulo , v. 18, n. 50, p. 67-80, abr. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jan. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100008.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. Cad. Pesqui., São Paulo , n. 117, p. 197-217, nov. 2002 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 08 mar. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742002000300011.

MORAES, Alender Max de Souza. Ações afirmativas: diferentes concepções sobre sua constitucionalidade. Revista Videre. Vol. 4, No 8 (2012). Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais. ISSN: 2177-7837

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDRÃO, André Augusto P. (Org.). Programa de Educação sobre o negro na Sociedade Brasileira. Niterói: EdUFF, 2000. p. 15-34.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica. In: Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva e Valter Roberto Silvério. (Org.). Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003. 270 p. : il

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader – 34ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012

OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. Racismo, direitos e cidadania. Estud. av. , São Paulo, v. 18, n. 50, p. 81-93, abril de 2004. Disponível a partir <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100009.

LASALLE CANOAS-RS

PENA, Sérgio D. J.. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. Hist. cienc. saude-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 321-346, ago. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 25 jan. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702005000200006.

PEREIRA, Amilcar Araujo. A Lei 10.639/03 e o movimento negro: aspectos da luta pela "reavaliação do papel do negro na história do Brasil" - DOI: 10.5752/P.2237-8871.2011v12n17p25. Cadernos de História, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, p. 25-45, mai. 2012. ISSN 2237-8871. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/cadernoshistoria/article/view/P.2237-8871.2011v12n17p25>. Acesso em: 23 Jan. 2016.

PEREIRA, Waléria Furtado. Cotas: um *fato* no cenário das políticas públicas de educação superior. Diversa Prática: revista eletrônica da Divisão de Formação Docente. – V.1, n. 1 (2012) Uberlândia: EDUFU, 2012. Acesso em: 15.02.2016. Disponível em: http://www.seer.ufu.br/index.php/diversapratica/article/view/19631

PNUD/Brasil. Relatório de desenvolvimento humano, racismo, pobreza e violência: Brasil, 2005. Brasília: PNUD Brasil, 2005.

TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005.

REIS, D. B. Acesso e Permanência de Negros(as) no Ensino Superior: o caso da UFBA. In: LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (orgs.). Acesso e Permanência da população negra no ensino superior. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: Unesco, 2007. p. 49 – 69. (Coleção Educação para Todos; v. 30)

RIBEIRO, Matilde, Politicas de Promoção da Igualdade Racial no Brasil (1986-2010). Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

RIBEIRO, M. Políticas de promoção da igualdade racial: impulso às ações afirmativas e à educação étnico-racial. Revista Pedagógica, Chapecó, v.16, n.33, p. 109-126, jul./dez. 2014.

HENRIQUES, Ricardo. Raça e gênero no sistema de ensino: os limites das políticas universalistas na educação. Brasília : UNESCO, 2002.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Biblioteca Digital 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462> Acesso em: 06.01.2016

ROCHA, José Geraldo da Rocha. De preto à afrodescendente: implicações terminológicas. Cadernos do CNFL, Vol. XIV, nº. 02, Livro de Resumos. 2010. ISSN: 1519-8782

ROSA, Mardióli Dalla. Princípio da igualdade e o acesso ao ensino superior ante as ações afirmativas. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 12, n. 22, p. 23-39, jan.-jun. 2012 • ISSN Impresso: 1676-529-X • ISSN Eletrônico: 2238-1228.

SANTANA, Elaine Barbosa. As políticas públicas de ação afirmativa na educação e sua compatibilidade com o princípio da isonomia: acesso às universidades por meio de cotas para afrodescendentes. Ensaio: aval.pol.públ.Educ., Rio de Janeiro , v. 18, n. 69, p. 737-759, dez. 2010 .Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-

UNILASALLE
CANOAS-RS

40362010000400005&lng=pt&nrm=iso>. acessos
em 02 fev. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-40362010000400005.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 14, n. 7, 2007.

SANTOS, Diego Junior da Silva et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. Dental Press J. Orthod., Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, jun. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217694512010000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 21 jan. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S2176-94512010000300015.

SILVA, Joselina da. A União dos Homens de Cor: aspectos do movimento negro dos anos 40 e 50. Estud. afro-asiát., Rio de Janeiro , v. 25, n. 2, p. 215-235, 2003 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2003000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em :
29 mar. 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-546X2003000200002.
SOUSA, Antônio. Racialismo e antirracismo no pensamento social brasileiro. Uma proposta de análise. Revista Sinais Edição, n.13, Junho. 2013. Disponível em:
http://www.periodicos.ufes.br/sinais/issue/view/Sinais%2013%20Ed/showToc Acesso em: 21.03.2016
HALL, Stuart. A identidade cultural da pós-modernidade, 10ª edição, DP e A editora, 2005

VIANA, Nildo. Relações raciais no Brasil contemporâneo. In: PEREIRA, Cleito; VIANA, Nildo (orgs.). Raça e Etnia; Capitalismo e questão racial. Rio de Janeiro: Corifeu, 2007. p. 54 – 65.

BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. O que são Ações Afirmativas. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas > Acesso em: 07.01.2016

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre A Origem da Desigualdade. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf. Acesso em: 16.03.2016

SILVA, Cidinha da. Ações Afirmativas em educação: um debate para além das cotas. In: SILVA, Cidinha da (org.). Ações Afirmativas em Educação: experiências brasileiras. São Paulo: Summus, 2003. p. 20-21

SILVA, Cidinha da. Definições de metodologias para seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação. In: SILVA, Cidinha da (org.). Ações Afirmativas em Educação: experiências brasileiras. São Paulo: Summus, 2003. p. 39

IPEA. Situação social da população negra por estado. Brasília: IPEA, 2014.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Cor e raça: Raça, cor e outros conceitos analíticos. In: PINHO, Osmundo Araújo; SANSONE, Livio (org.). Raça : novas perspectivas antroplógicas. 2 ed. rev. Salvador : Associação Brasileira de Antropologia : EDUFBA, 2008.

UFRGS. Comissão de Acompanhamento dos Alunos do Programa de Ações Afirmativas. Comissao *ad hoc* de avaliação do Programa de Ações Afirmativas. Programa de ações afirmativas da UFRGS: 2008-2012. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013.

UFRGS. Coordenadoria de Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas. Relatório anual do programa de ações afirmativas: 2013-2014. Disponível em:
<http://www.ufrgs.br/acoesafirmativas/relatorio/relatorio-final/view> Acesso em: 04.04.2016

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. – 7ª. Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2006. – (justiça e direito).

WOLKMER, Antonio Carlos. MOVIMENTOS SOCIAIS: Nova Fonte de Juridicidade. Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI. v. 5, n. 7 (1996). Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/872/589. Acesso em 02.04.2016

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DESENVOLVIMENTO DAS HABILIDADES E COMPETÊNCIAS PARA ATUAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: CURSO DE ADMINISTRAÇÃO DA FACULDADE LA SALLE – ESTRELA

Andréa Gerhardt[1]
Paulo Fossatti[2]
Marcos Corbellini[3]
Daiana Martins[4]
Mariana Modesti[5]

RESUMO: Este artigo objetiva verificar a percepção dos alunos do Curso de Administração da Faculdade La Salle – Estrela acerca do desenvolvimento de habilidades e competências para o mercado de trabalho, a partir das exigências do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e da Classificação Brasileira de Ocupação (CBO). O diagnóstico, sob uma análise quantitativa, partiu de uma Escala Likert contendo vinte e duas questões referentes ao perfil do profissional, envolvendo: identificação de problemas, tomada de decisões, análise da situação financeira da empresa, trabalho em equipe, relacionamento interpessoal, recursos tecnológicos, pensamento estratégico, planejamento, organização de recursos, indicadores de controle das atividades, utilização de recursos, criatividade, resolução de conflitos, negociação, liderança, motivação, aplicação de conhecimentos e interdisciplinaridade. Os resultados demonstram que na percepção dos alunos do 3º, 4º e 5º semestres da Faculdade, as disciplinas do curso desenvolvem as habilidades e competências exigidas pelo MEC, CBO e mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Habilidades e competências. Perfil do administrador. Curso de Administração.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O mercado exige cada vez mais um profissional flexível, hábil, e com maior velocidade de resposta na solução e problemas e busca de resultados, sendo assim, os acadêmicos das universidades brasileiras estão aptos a exercer sua função neste contexto? As faculdades e empresas estão atentas às características do seu mercado?

O próprio Ministério da Educação e Cultura tem criado legislação para o acompanhamento e avaliação de egressos, tal como a lei 10.861 de abril de 2004, que institui o SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior), consolidando definitivamente a idéia de avaliação, tendo como objetivo aferir a qualidade das instituições, de cursos de graduação e de desempenho de estudantes, nos termos do Artigo 9º, VI, VII e IX da Lei 9.394/96.

As instituições de ensino superior (IES), mais precisamente a Faculdade La Salle – Estrela, pensando no contexto global e nas exigências do mercado, necessita acompanhar as mudanças, readequando constantemente sua estrutura curricular. Havendo sinergia entre universidades, faculdades e empresas, será possível oferecer aos estudantes de graduação o mínimo de conhecimentos teóricos capazes de torná-los aptos a disputar um local efetivo no concorrido mercado de trabalho que sofre mudanças constantes devido à industrialização e a globalização.

Diante deste contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar o currículo do curso de Administração da Faculdade La Salle – Estrela mediante Escala Likert com alunos do 3º, 4º e 5º

1 Mestre em Turismo, andrea.gerhardt@lasalle.org.br.
2 Doutor em Educação, paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.
3 Doutor em Educação, marcos.corbellini@lasalle.org.br.
4 Especialista em Gestão e Docência do Ensino Superior, daischenider@ibest.com.br.
5 Especialista em Gestão e Docência do Ensino Superior, mari.gale@hotmail.com.

semestre fazendo uma análise quantitativa a fim de diagnosticar a percepção dos alunos quanto ao desenvolvimento de habilidades e competências durante o curso. Instituições cuja formação do desenvolvimento de discentes e egressos estão fortemente conectadas às exigências do mercado tem se destacado como referência.

Através das exigências do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), foram apontadas funções, habilidades e competências que um administrador deve apresentar no mercado de trabalho e a partir da análise destes requisitos, foi possível constatar que o currículo do curso de Administração aborda os temas necessários para a formação de um profissional competente.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Para desenvolver o artigo, optou-se em descrever o histórico do Ensino Superior no Brasil, a implantação dos cursos de Administração, o conceito de Administração e competências do administrador. A metodologia, análise e discussão dos resultados são descritas na sequência.

O Brasil foi um dos países na América Latina a iniciar tardiamente o ensino superior. Somente em 1920 surge a primeira universidade do Brasil no Rio de Janeiro. Nas décadas de 50 e 70 instalaram-se as primeiras universidades federais, fato que levou a descentralização do ensino superior e que culminou com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Os dados coletados sobre o ensino superior no Brasil eram eventuais e passam a ser mais consistentes com a criação do Serviço de Estatística de Educação e Cultura (SEEC) e com a parceria do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A partir de 1997 fica estabelecido que o Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) será o órgão responsável por organizar e manter o sistema de informações e estatísticas educacionais, tornando obrigatório o envio de dados anuais.

De acordo com os dados do Censo da Educação Superior (2013), estima-se que o Brasil possua 2.391Instituições de Ensino Superior, sendo301públicas (com 152.166 docentes) e 2.090 privadas (com 181.302 professores). Quanto aos discentes, conforme o CENSO supracitado, os ingressantes totalizam 2.742.950 e os concluintes 991.010.

3 HISTÓRICO DO CURSO DE ADMINISTRAÇÃO NAS IES BRASILEIRAS

Em 1952 foi criada a Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, dando origem ao ensino do curso de Administração no Brasil, visando sanar a necessidade de uma mão de obra qualificada considerada essencial para o desenvolvimento do país naquele momento.

Devido à procura de um profissional qualificado para atender as exigências do mercado, foi necessário aumentar a oferta e qualificação de cursos superiores que atendessem a essa demanda. Segundo informações da Secretaria de Educação Superior e Ministério da Educação, em 2004 havia 2.046 cursos de Administração no Brasil, um acréscimo de 614% em pouco mais de uma década. O Conselho Federal de Administração (CFA) reúne informações extraídas do Censo da Educação Superior disponibilizado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC), afirmando que atualmente há em torno de 8.000.000 acadêmicos cursando Bacharelado em Administração e em Curso Superior de Tecnologia nas diversas áreas da Administração.

Segundo Lacruz e Villela (2007, apud MOREIRA, 2014, p. 64), as condições e motivações para a disseminação dos cursos de Administração estão relacionadas ao caráter de especialização e complexidade, resultado dos processos de desenvolvimento dos países latino-americanos que consideravam que o desenvolvimento significava industrializar-se. O foco das grandes empresas passa a ser a qualificação profissional requerendo pessoas de nível superior. As mudanças constantes oriundas

da industrialização, assim como da globalização, exigiram um nível cada vez maior dos graduandos.

Os próprios Conselhos Federal e Regionais de Administração (CFA/CRAs) tem realizado pesquisa para verificar o perfil dos administradores brasileiros. A última pesquisa reuniu mais de 25 mil pessoas ligadas à área (administradores, tecnólogos, professores e empresas) e relata a preocupação com a distância entre a formação dos administradores e as exigências do mercado de trabalho. Segundo Faria (2016, p. 25) as conclusões apontam que há "necessidade de maior aproximação entre teoria e prática quanto à grade curricular das IES, reclamada pelos empregadores e reconhecida pelos demais públicos."

A partir deste contexto, as IES passaram a enfrentar desafios para a formação e preparo dos acadêmicos preocupando-se com a necessidade de formar profissionais condizentes com a sua área de atuação, estimulando-os a desenvolver suas habilidades e competências. Este administrador moderno precisa aliar o conhecimento adquirido no curso superior com o desenvolvimento e capacitação de suas competências, contribuindo para o aumento da eficiência dos processos dentro de uma organização, tomando decisões, formando e motivando pessoas e equipes, enfrentando problemas e buscando soluções em um ambiente dinâmico, atuando na administração estratégica e ocupando cargos de gerência.

4 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO

Segundo a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares, os administradores de empresa tem como função:

> planejar, organizar, controlar e assessorar as organizações nas áreas de recursos humanos, patrimônio, materiais, informações, financeira, tecnológica, entre outras; implementar programas e projetos; elaborar planejamento organizacional; promover estudos de racionalização e controlar o desempenho organizacional. Prestar consultoria administrativa a organização e pessoas. (CBO)

UNILASALLE
CANOAS-RS

Seguindo as funções relacionadas ao administrador de empresas citadas pelo CBO, o Ministério da Educação (MEC) elaborou as diretrizes curriculares do curso Superior de Administração as quais refletem uma dinâmica que atende os diferentes perfis de desempenho exigidos pela sociedade. O Bacharel em Administração ou Administrador atua no

> planejamento, organização, direção e controle das Instituições, gerindo as questões financeiras, materiais e de pessoas. Em sua atividade, utiliza as ferramentas científicas, técnicas, sociais e econômicas da produção e do gerenciamento. Nos processos de tomada de decisão, proporciona a circulação de novas informações, apresentando soluções flexíveis e adaptáveis ao contexto organizacional. Tem ainda como função fixar objetivos, organizar e alocar recursos financeiros e tecnológicos, liderar pessoas e equipes, negociar, controlar e avaliar resultados, compreendendo o contexto sociopolítico em que atua e exercitando a capacidade de comunicação e de relacionamento. Em sua atuação, considera a ética, a segurança e as questões sócio-ambientais. (MEC)

As exigências do MEC quanto à formação dos acadêmicos do curso de graduação de Administração relacionadas a competências e habilidades implicam em reconhecer e definir problemas em diferentes graus de complexidade bem como o processo da tomada de decisão; desenvolver expressão e comunicação interpessoal e intergrupal; refletir e atuar criticamente na sua função; desenvolver raciocínio lógico, crítico e analítico; ter iniciativa, criatividade, determinação, abertura às mudanças e consciência ética, bem como desenvolver capacidade de transferir experiências cotidianas para o ambiente profissional.

Atendendo a essas exigências, as IES elaboram os projetos pedagógicos de curso que implicam que o mesmo tenha cargas horárias das atividades didáticas e da integralização do curso; formas de realização da interdisciplinaridade; modos de integração entre teoria e prática; formas de avaliação do ensino e da aprendizagem, assim como modos da integração entre graduação e pós-graduação, quando houver.

Em meados da década de 50, as disciplinas recebiam pouca atenção quando se tratava de comportamento humano, estavam mais relacionadas com economia, contabilidade e financeiro. As mudanças sociais, juntamente com as novas e mais sofisticadas tecnologias, vieram a exigir contínuas revisões do Projeto Pedagógico do Curso de Administração o qual busca um profissional adaptável e com a suficiente autonomia intelectual e de conhecimento para que se ajuste sempre às necessidades emergentes. Lacruz e Villela (2007, apud MOREIRA, 2014, p.65) criticam o excesso de especialização dos conteúdos em diferentes disciplinas nos cursos de administração, destacando o grau de não-integração das áreas de conhecimento, de forma com que o aluno não perceba a relação entre as variáveis de cada área.

Os conhecimentos obtidos na graduação devem ser integrados às praticas nas empresas, assim como os profissionais devem buscar aprimoramento contínuo atentando a complexidade de gestão, a necessidade de tomar decisões e capacidade de resolver problemas de âmbito profissional e emocional. Atendendo a demanda atual, o foco das disciplinas voltou-se para o comportamento organizacional que envolve motivação, trabalho em equipe e liderança.

Robbins (2008) conceitua motivação como a disposição para fazer alguma coisa, que é condicionada pela capacidade dessa ação de satisfazer uma necessidade do indivíduo, ou seja, o desempenho do profissional depende não somente das habilidades individuais, mas também da motivação. No momento em que o profissional está insatisfeito, fica tenso, com vontade de mudanças, buscando um novo comportamento que satisfaça sua necessidade inicial. A motivação provém de determinadas necessidades que podem ser fisiológicas (fome, sede, abrigo, sexo e outras necessidades corporais; segurança (segurança e proteção contra danos físicos e emocionais); sociais (afeição, sensação de pertencer a um grupo, aceitação e amizade); estima (respeito próprio, autonomia e realização, status, reconhecimento e atenção) e auto realização (tornar-se tudo aquilo que se pode ser, alcance do pleno potencial e autodesenvolvimento).

A importância do trabalho em equipe está na superação de um desempenho individual quando a tarefa requer habilidades, julgamentos e experiências múltiplas. Numa equipe, os membros oferecem sugestões e trocam ideias sobre os métodos de trabalho, gerando sinergia positiva por meio de esforço coordenado visando melhorar o desempenho e produtividade numa organização sem elevar os investimentos.

Buscando alcançar os objetivos, a equipe precisa de um líder que tenha a capacidade de influenciar um grupo. Robbins (2008) afirma que nem todos os líderes são administradores, nem todos os administradores são líderes. A liderança pode ser conferida a um profissional devido ao seu cargo gerencial (indicação formal), ou pela capacidade de influenciar seus pares fora da estrutura coorporativa formal. Um bom líder é aquele que dentro do próprio grupo, trabalha com metas e objetivos específicos, motivação, informação, políticas e condução de estratégias. Ao escolher seus colaboradores, o líder deve ter como critério de seleção, a competência de pessoas com habilidades técnicas e sociais adequadas, com personalidade, motivadas, com ideias próprias, que saibam usar sua autonomia, mas leais e honestas. Isto permite que o líder forme uma equipe excelente, que seja capaz de funcionar quando ele não esteja.

5 COMPETÊNCIAS DO ADMINISTRADOR

Nas últimas décadas, as IES foram percebendo a importância que a compreensão do

comportamento humano tem para determinar a eficácia do administrador e as disciplinas relacionadas ao trato com as pessoas, vêm cada vez mais sendo agregadas ao currículo. Segundo Robbins (2008) para obter o sucesso das habilidades de gestão em um ambiente de trabalho cada vez mais competitivo e demandante, além das habilidades técnicas (conhecimento, métodos e equipamentos), são necessárias habilidades interpessoais (compreensão das pessoas, interesses e atitudes).

Pochamann (2001, apud MOREIRA, 2014, p. 66) afirma que as empresas buscam profissionais polivalentes e multifuncionais, com maior nível de habilidades adicionais para o exercício do trabalho, indo ao encontro das ideias de Echeveste (1999, apud MOREIRA, 2014, p.66) que trata sobre o tema considerando as exigências das empresas quanto à contratação de funcionários, sendo elas: atitudes/valores, habilidade/competência e conhecimento.

As atitudes estão diretamente relacionadas aos valores individuais e/ou coletivos, pois elas refletem como o indivíduo se sente em relação a alguma coisa. Elas podem refletir valores fundamentais, interesse próprio ou identificação com indivíduos valorizados pelas pessoas. Essa ligação que se dá entre valores e atitudes refletem num comportamento adequado e satisfatório dentro de uma organização.

Quanto às habilidades, Robbins (2005) afirma como sendo a capacidade de um indivíduo para desempenhar as diversas tarefas de uma função e Katz (1986) complementa que isso se aprende fazendo através de treinamentos ou experiência profissional, caso não seja uma característica natural do indivíduo. Essas habilidades devem ser aperfeiçoadas (especializando-se numa área) para se tornar um profissional do conhecimento, sendo capaz de aplicar a teoria da disciplina resolvendo os problemas do cotidiano.

Dentre as habilidades requeridas pelo mercado de trabalho para obtenção de resultados positivos, destacam-se habilidades interpessoais e políticas, desenvolvimento profissional e pessoal, trabalho em equipe, pensamento criativo, motivação para objetivos e metas, desenvolvimento organizacional, tratamento de informação e administração de conflitos.

O conhecimento inclui hipóteses, conceitos, teorias, princípios e procedimentos que são úteis ou verdadeiros. Pode ser compreendido como um processo ou como um produto, sendo que o conhecimento técnico é uma competência profissional e essencial, não depende apenas de uma interpretação pessoal, como a informação, pois requer uma vivência, prática. O conhecimento técnico é uma competência considerada pré-requisito para obtenção do trabalho.

O conhecimento é um recurso de grande importância para os administradores aprimorarem suas competências. Pode-se afirmar que a junção entre conhecimentos, habilidades e atitudes forma as competências necessárias para o desempenho nos âmbitos organizacional e pessoal. Sendo assim, pode-se afirmar que o conhecimento contribui para o desenvolvimento total da pessoa.

6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS PARA COLETA E ANÁLISE DE DADOS

Mediante as considerações coletadas na fundamentação teórica, este tópico tem a função de apresentar os procedimentos metodológicos que serviram de suporte para a realização da presente pesquisa, onde foram coletados e analisados os dados que possibilitaram um embasamento para alcançar os objetivos pré- estabelecidos.

O instrumento de coleta usado na pesquisa foi uma Escala Likert composta por vinte e duas questões objetivas. Esta foi utilizada porque ao responderem a um questionário baseado nesta escala, os perguntados especificam seu nível de concordância aferindo uma resposta positiva ou negativa a uma afirmação. Foram seis itens utilizados no diagnóstico, sendo eles: discordo totalmente, discordo, não sei, concordo, concordo plenamente e não se aplica. Além disso, os alunos foram indagados acerca do número de disciplinas cursadas, sexo e atuação na área.

As questões da Escala Likert referentes a habilidades e competências analisadas foram estabelecidas de acordo com as características que um profissional da área de Administração deve

apresentar no ambiente de trabalho, conforme o Conselho Brasileiro de Ocupações (CBO) e o Ministério da Educação (MEC).

As 22 questões indagaram sobre a identificação de problemas, tomada de decisões, análise da situação financeira da empresa, trabalho em equipe, relacionamento interpessoal, recursos tecnológicos, pensamento estratégico, planejamento, organização de recursos, indicadores de controle das atividades, utilização de recursos, criatividade, resolução de conflitos, negociação, liderança, motivação, aplicação de conhecimentos e interdisciplinaridade.

A pesquisa quantitativa teve como alvo, acadêmicos do curso de Administração da Faculdade La Salle – Estrela. A proposta consistiu em fazer o levantamento de dados com os alunos mais adiantados no curso, que iniciou em 2012. Desta maneira, foram parte deste estudo alunos do terceiro ao quinto semestre, considerando como critério o número de disciplinas cursadas. Tal critério deve-se ao fato de que os alunos não cursam todas as disciplinas previstas em cada semestre.

A pesquisa foi aplicada em março de 2015, totalizando assim vinte e três estudantes. Na ocasião, foram questionados vinte alunos, pois três estavam ausentes. Foram validados 19 questionários, pois um aluno não informou o número de disciplinas cursadas.

Após a aplicação do instrumento de coleta de dados, foi realizada a tabulação por meio eletrônico via *software* Excel. Os dados foram tabulados em três grupos:alunos que cursaram de 13 a 18 disciplinas (3º semestre), 19 a 24 disciplinas (4º semestre) e 25 a 27 disciplinas (5º semestre).

A partir dos dados eletronicamente tabulados foram construídos gráficos para sistematizar as informações e organizá-las de modo a atingir os objetivos deste estudo.

A partir da aplicação do questionário, foi possível traçar o perfil dos acadêmicos de 3º ao 5º semestre do curso de Administração da Faculdade LaSalle– Estrela. Dos alunos do 3º semestre, 25% são do sexo masculino e 75% do sexo feminino. Quanto à área de atuação, 75% trabalham na área administrativa e 25% em outras áreas. Dos alunos do 4º semestre, 56% são do sexo masculino e 44% são do sexo feminino. Quanto à área de atuação, 78% trabalham na área administrativa e 22% em outras áreas. Quanto aos alunos do 5º semestre, 17% são do sexo masculino e 83% do sexo feminino, sendo que 83% trabalham na área administrativa e 17% em outras áreas.

Em relação ao desenvolvimento de habilidades e competências necessárias ao Administrador que são percebidas pelos alunos, quanto à identificação de problemas, 100% dos alunos do 3º e 4º semestre concordam que conseguem identificá-los, enquanto que 50% do 5º semestre concordam e 50% concordam plenamente. Pode-se perceber que os alunos mais avançados no curso acreditam ter maiores habilidades neste quesito.

Na questão "Estou apto a tomar decisões", dos alunos do 3º semestre, 25% responderam "não sei", sendo que apenas 11% dos alunos do 4º semestre afirmaram isso. 75% dos alunos do 3º semestre, 78% dos alunos do 4º semestre e 67% do 5º semestre concordaram. Quanto a concordo plenamente, 11% dos alunos do 4º semestre e 33% do 5º semestre. Constata-se que, quanto mais adiantado no curso, maior a aptidão para a tomada de decisões, pois 75% dos alunos do 3º semestre, 89% dos alunos do 4º semestre e 100% dos alunos do 5º semestre afirmaram estarem aptos a tomar decisões.

Referente à comunicação 25% dos alunos do 3º semestre e 22% dos alunos do 4º semestre, afirmam que não sabem se eles se comunicam com clareza e eficácia, enquanto que 75% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre e 67% do 5º semestre, concordam que se comunicam com clareza e eficácia. Ainda na mesma questão, 22% dos alunos do 4º semestre e 33% do 5º semestre concordam plenamente. Percebe-se que 100% dos alunos do 5º semestre sentem-se seguros quanto a esta habilidade.

Na questão "Consigo desenvolver raciocínio lógico crítico e analítico", 25% dos alunos do 3º semestre e 11% do 4º semestre responderam o item não sei, 50% dos alunos do 3º semestre e 67% do 4º e do 5º semestre concordam em relação à questão, enquanto que 25% dos alunos do 3º semestre, 22% do 4º semestre e 33% do 5º semestre concordam plenamente. Novamente ocorre a tendência ao

crescimento da habilidade conforme o decorrer do curso.

Quanto a ter iniciativa, dos alunos do 3º semestre, 25% assinalaram em não saber, assim como 11% dos alunos do 4º semestre e 17% do 5º semestre. 75% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre e 17% do 5º semestre afirmam que concordam. Dos alunos do 4º semestre 33% concordam plenamente e do 5º semestre, 66%. Neste item pode-se perceber uma grande alteração sobre a concordância total quanto à iniciativa dos alunos de 4º para 5º semestre.

Em relação à análise situação financeira da empresa, 25% dos alunos do 3º semestre discordam totalmente que conseguem analisá-la e 17% dos alunos do 5º semestre discordam. 25% dos alunos do 3º semestre, 22% do 4º semestre e 33% do 5º semestre não sabem analisar a situação financeira da empresa. Dos alunos do 4º e 5º semestre, 44% e 50% respectivamente concordam, e 25% dos alunos do 3º semestre e 22% do 4º semestre, concordam plenamente. 25% dos alunos do 3º semestre 11% do 4º semestre assinalaram que não se aplica. Esta questão envolve diversas habilidades e competências, sendo que os alunos não se encontram avançados no curso e algumas disciplinas que contemplam ainda não foram ministradas. Tal fato também depende da área de atuação dos alunos dentro das empresas e da possibilidade de acesso aos dados financeiros.

Quanto ao relacionamento interpessoal, 75% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre e 33% do 5º semestre concordam que mantêm um bom relacionamento, sendo que 25% do 3º semestre, 44% do 4º semestre e 67% do 5º semestre concordam plenamente.

Sobre a utilização dos recursos tecnológicos, somente 25% dos alunos do 3º semestre assinalaram o item não sei. No item concordo, apontaram 50% dos alunos do 3º semestre, 22% dos alunos do 4º semestre e 17%dos alunos do 5º semestre, sendo que 25% dos alunos do 3º semestre, 78% do 4º semestre e 83% do 5º semestre, concordam plenamente quanto à utilização de tais recursos.

Referente ao trabalho com pensamento estratégico, 25% dos alunos do 3º semestre, 44% do 4º semestre e 17% do 5º semestre, assinalaram o item não sei. Em relação à concordância, afirmaram 75% dos alunos do 3º semestre, 33% do 4º semestre e 50% do 5º semestre. Quanto à concordância total, 22% e 33% dos alunos do 4º e 5º semestre.

UNILASALLE CANOAS-RS

Sobre o planejamento das atividades com antecedência, somente 11% dos alunos do 4º semestre discordam plenamente. No item não sei, responderam 50% dos alunos do 3º semestre, 44% dos alunos do 4º semestre e 17% dos alunos do 5º semestre. Concordando que planejam as atividades com antecedência, afirmaram 25% dos alunos do 3º semestre, 33% do 4º semestre e 17% do 5º semestre. Ainda nesta questão, 25% dos alunos do 3º semestre, 11% do 4º semestre e 66% do 5º semestre, assinalaram que concordam plenamente.

Na questão que aborda a organização de recursos materiais e humanos, 11% dos alunos do 4º semestre discordaram. 50% dos alunos do 3º semestre, 44% do 4º semestre e 17% do 5º afirmaram que não sabem. 25% dos alunos do 3º semestre, 33% do 4º semestre e 67% do 5º semestre concordam na organização de recursos materiais e humanos. Ainda na mesma questão, 25% dos alunos do 3º semestre, 11% do 4º semestre e 17% do 5º semestre concordam plenamente. Neste item constata-se uma grande evolução na percepção dos alunos quanto à habilidade de organização de recursos, pois o grau de concordância é de apenas 44% nos alunos do 4º semestre e 82% do 5º semestre.

Referente à questão sobre o conhecimento e utilização de indicadores de controle das atividades, no item discordo marcaram 25% dos alunos do 4º semestre. No item não sei afirmaram 25% dos alunos do 3º semestre, 33% do 4º semestre e 33% do 5º semestre. Quanto à concordância, afirmaram 75% dos alunos do 3º semestre, 22% do 4º semestre e 50% do 5º semestre. Apenas 33% dos alunos do 4º semestre e 17% do 5º semestre concordam plenamente. Neste quesito chama a atenção o fato de alunos do 4º semestre (55% ao todo) e 5º semestre (67% ao todo) apresentarem menor concordância do que os alunos do 3º semestre (75% ao todo). Isto pode ser atribuído ao fato de que a disciplina pertinente a este tema é cursada no início do curso.

Quanto à utilização racional de recursos disponíveis, 25% dos alunos do 3º semestre e 11% do

4º semestre afirmaram que não sabiam. Concordaram 75% dos alunos do 3º semestre, 44% do 4º semestre e 83% do 5º semestre. 44% dos alunos do 4º semestre e 17% do 5º semestre concordam plenamente.

Em relação à criatividade, 75% dos alunos do 3º semestre, 11% do 4º semestre afirmaram que não sabiam. 25% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre e 100% do 5º semestre concordam que são criativos. Apenas 33% dos alunos do 4º semestre afirmaram o item concordo plenamente.

Sobre a resolução de conflitos, 25% dos alunos do 3º semestre, 22% do 4º semestre e 17% do 5º semestre assinalaram o item não sei. Concordam 75% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre, e 33% do 5º semestre. Concordam plenamente, 22% dos alunos do 4º semestre e 50% do 5º semestre.

A respeito de estratégias de negociação, todos os alunos do 3º semestre afirmaram que concordavam em relação à utilização das mesmas, enquanto que do 4º semestre, 56% e do 5º semestre, 67% concordavam. Que concordavam plenamente, afirmaram 22% do 4º semestre e 22% do 5º semestre. Que discordavam, 11% do 4º semestre e 17% do 5º semestre. Que não sabiam, apontaram 11% do 4º semestre.

Referente ao desenvolvimento de habilidades de liderança, do 3º semestre 25% dos alunos afirmaram que não sabiam, enquanto que do 4º e 5º semestres, 22% e 17% dos alunos respectivamente. Que apontaram que concordavam, foram 75% dos alunos do 3º semestre, 56% do 4º semestre e 67% do 5º semestre. 22% dos alunos do 4º semestre e 17 % dos alunos do 5º semestre, afirmaram que concordavam plenamente. Pode-se constatar o desenvolvimento de habilidades de liderança, conforme o decorrer do curso.

Sobre o trabalho em equipe, todos os alunos do 3º semestre afirmaram que concordavam, enquanto que do 4º semestre 22% e do 5º semestre 33%. Que concordavam plenamente, 78% do 4º semestre e 67% do 5º semestre.

Em relação à motivação para objetivos e metas, 25% dos alunos do 3º semestre e 22% dos alunos do 4º semestre afirmaram que não sabiam. Que concordavam, 50% dos alunos do 3º semestre, 22% dos alunos do 4º semestre e a metade dos alunos do 5º semestre. 25% dos alunos do 3º semestre, 56% dos alunos do 4º semestre, e 50% dos alunos do 5º semestre, afirmaram que concordavam plenamente com a questão.

A respeito de aplicação dos conhecimentos adquiridos em sala de aula, dos alunos do 3º semestre, 25% apontaram que não sabiam, assim como 11% dos alunos do 4º semestre. 75% dos alunos do 3º semestre, 56% dos alunos do 4º semestre, bem como 67% dos alunos do 5º semestre, alegaram que concordavam. Que concordavam plenamente, asseguraram 33% dos alunos do 4º e do 5º semestre. Pode-se perceber que os alunos consideram os conhecimentos adquiridos no curso como aplicáveis no mundo do trabalho, sendo que 100% dos alunos do 5º semestre já tem esta percepção.

Na questão referente à percepção da interdisciplinaridade, 75% dos alunos do 3º semestre, 44% dos alunos do 4º semestre e 50% dos alunos do 5º semestre, concordavam, enquanto que 25%, 56% e 50% dos alunos do 3º, 4º e 5º semestres respectivamente, concordavam plenamente. Portanto, todos os alunos, independentemente do semestre percebem a interdisciplinaridade do curso.

Diante dos resultados obtidos, é possível constatar que a percepção dos alunos sobre as habilidades e competências necessárias ao administrador estão sendo desenvolvidas pelo curso de Administração da Faculdade La Salle Estrela, vindo ao encontro do que preconizam o Ministério da Educação e Cultura e da Classificação Brasileira de Ocupações.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que uma instituição de ensino superior permaneça cumprindo o seu papel social de formar cidadãos competentes ao exercício de sua função, é necessário realizar o acompanhamento das

habilidades e competências desenvolvidas pelos alunos de graduação, tendo em vista o papel social das Instituições de Ensino Superior na inserção dos egressos no mercado de trabalho.

Diversas pesquisas envolvendo o desenvolvimento de habilidades e competências do curso de Administração tem sido realizadas em instituições no país, sejam elas focadas em uma instituição apenas (Regio, 2014) ou envolvendo diversas instituições em todo o Brasil (Sousa, 2013). Seus resultados enfocam a necessidade de continuidade de estudos, ressaltando como função da IES a realização periódica de pesquisa com egressos, no sentido de contribuir com a qualificação do ensino na medida em que promovem a discussão em torno da avaliação da aprendizagem nos cursos.

Num mundo em constantes transformações, no qual o contexto das organizações está em constante mutação, algumas habilidades e competências podem ser menos solicitadas pelo mercado de trabalho e outras podem vir a surgir. Neste contexto, a pesquisa com os egressos das IES pode promover uma adequação constante dos cursos superiores às demandas educacionais e laborais.

Cabe salientar que, devido ao fato do Curso de Administração não possuir egressos até o momento da pesquisa, impossibilitou verificar o desenvolvimento de todas as habilidades e competências previstas pelo MEC e CBO. Sugere-se que o mesmo instrumento de coleta de dados seja aplicado aos discentes no último semestre, a fim de estabelecer um comparativo na evolução dos itens questionados. A percepção dos egressos possibilitará a revisão do projeto do curso, melhoria no ensino do curso de Administração da faculdade e sua utilização dos egressos para o mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

CEDET. A hierarquia das necessidades de Maslow – Pirâmide de Maslow. Disponível em: <http://www.cedet.com.br/index.php?/Tutoriais/Gestao-da-Qualidade/a-hierarquia-das-Necessidades-de-maslow-piramide-de-maslow.html>. Acesso em 16 de março de 2015.

CARDOSO, Janaina Gularte e FONSECA, Juliana. Perfil do administrador: um estudo sobre o desenvolvimento de habilidades e competências sob a perspectiva de acadêmicos, professores e empresários da Grande Florianópolis. VI Congresso Virtual Brasileiro de Administração. UNIVALE. Santa Catarina. 2015.

CBO. Classificação Brasileira de Ocupações. Disponível em <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>. Acesso em 18 de março de 2015.

CNE/CES. Diretrizes Curriculares- PARECER Nº 134, 4 de junho de 2003. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=12991:diretrizes-curriculares-cursos-de-graduacao>. Acesso em 23 de março de 2015.

FARIA, Wellington. Panorama do Administrador. Revista Brasileira de Administração. Brasília, Distrito Federal, ano XXV, ed. 111. P. 24 a 31, mar/abr 2016.

MEC/INEP. Censo da Educação Superior 2013. Disponível em <http://portal.inep.gov.br/web/censo-da-educacao-superior/> Acesso em 16 de março de 2015.

MOREIRA, Fábio Mosso, et al. Os alunos de Administração estão em sintonia com o mercado de trabalho? in: Avaliação. Campinas; Sorocaba, São Paulo: 2014.

REGIO, Maria de Lúcia Severo, ET AL. Gestão de Competências Profissionais na Formação de Administradores. Revista Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 19, n. 1, p. 131-155, mar. 2014.
ROBBINS, Stephen P. Fundamentos do Comportamento Organizacional. 8. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.

SOUSA, Adriana de Faria e VALADAO JUNIOR, Valdir Machado. Competências gerenciais no contexto internacional: possíveis contribuições de cursos superiores brasileiros de Administração. Organ. Soc. [online]. 2013, vol.20, n.66, pp.383-402.

UNILASALLE
CANOAS-RS

PARA ALÉM DAS NORMAS E DIRETRIZES EDUCACIONAIS: ADOÇÃO DE PRÁTICAS DO MODELO DE ENSINO HOLANDÊS NO SISTEMA EDUCACIONAL INFANTIL BRASILEIRO

Paloma Costa Andrade[1]

RESUMO: Ante às adversidades vivenciadas pelo sistema educacional brasileiro no panorama contemporâneo, constrói-se uma ponte entre o sistema educacional brasileiro e o holandês. Para tanto, seguindo o método descritivo de pesquisa, por meio de investigação indireta, este estudo transcorre um panorama histórico-evolutivo do direito social à educação desde sua origem, culminando nas Cartas Constitucionais hodiernas dos países em análise. Face às considerações finais, evidenciam-se as práticas de sucesso de políticas públicas educacionais holandesas, ressaltando-se seu modelo liberal para, por fim, propor-se a adoção de parte destas pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Sistema Educacional Holandês. Educação Infantil Brasileira.

1 INTRODUÇÃO

A análise em comento advém como fruto de um período de aprofundamento intelectual realizado na Holanda. O caráter eminentemente liberal da sociedade apresentou-se como característica de destaque que, conforme se verifica se propagou por diversos setores socioeconômicos dos Países Baixos. A educação holandesa, pois, reflete de modo brilhante, o *modus operandi* de construção e perpetuação da construção livre do pensamento.

Para além do mérito do enaltecimento da *libertatem,* o sistema de ensino holandês apresenta-se dentre aqueles em destaque em análises internacionais concretizadas por relatórios estatísticos avaliativos do ensino.

Para tanto, a investigação *infra* se atém aos contornos do ensino educacional básico, precipuamente ao infantil. O recorte epistemológico se dá em face da relevância da faixa etária referida para construção e consolidação de aspectos que perdurarão durante todo o desenvolvimento do ser. Por outro lado, atenta-se para a expressa previsão constitucional de garantia na prestação do referido ensino pela Carta Magna de 1988.

O estudo, portanto, perpassa a evolução histórica do direito à educação, desde sua constituição como norma positiva no cenário europeu ocidental, atravessando a positivação constitucional através das Cartas Brasileiras, culminando na Constituinte Brasileira de 1988. Noutra senda, faz-se a análise da Carta Holandesa de 1815, tendo por objeto evidenciar em que medida o direito posto encontra concretude na atualidade.

Pretende-se, portanto, desenvolver uma breve pesquisa pelo método descritivo, por meio de investigação de documentos históricos nacionais e internacionais, dados e índices específicos relacionados à educação, além das referidas legislações outrora vigentes.

Ao tratar acerca das características mais relevantes dos modelo de ensino holandês, não se pretende aqui esgotar o assunto. A pesquisa objetiva apresentar as medidas educacionais de maior relevância no cenário holandês, propondo-se a adoção de parte delas pelo Brasil. De modo que, o referido estudo detém aspectos que objetivam fomentar o aprofundamento de pesquisas nesta seara.

No que tange ao direito comprado, é imperioso ressaltar que não se objetiva equiparar a Holanda ao Brasil. Sabe-se que, as dissonâncias são muitas em face de diversos fatores. A divergência cultural, aspectos sócio econômicos, o teor de maturidade democrática, são por vezes diametralmente opostos. O que se pretende, no entanto, é tomar como parâmetro um modelo que se afasta dos ditames burocráticos que engessam as práticas de ensino brasileira.

---

1 Advogada; Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, graduada pela referida Universidade com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra, na Universidade de Valladolid e na Academia de Direito Internacional de Haia; *palomacostafd@hotmail.com*

A relevância do tema é nítida, primeiramente, na proposição de estudo de uma temática considerada basilar para o desenvolvimento de uma sociedade. A educação apresenta-se como a matriz estrutural na evolução social. Ao se demonstrar o caráter *sine qua non* do direito social à educação, além de como este encontra-se positivado desde suas mais remotas origens, intende-se ainda apresentar alternativas para sua maior concretude e efetividade no plano nacional, de modo a impulsioná-lo a galgar o caminho da excelência.

2 DIREITO À EDUCAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE FACE ÀS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E HOLANDESA

Assevera, pois, Kingston (2007, p. 57-74) que "nas sociedades contemporâneas, a educação é peça fundamental da estrutura social e se torna indispensável para a mobilidade social dos indivíduos. A capacidade de ler e escrever e o acesso à informação e ao conhecimento estão intimamente ligados à igualdade de oportunidade."

O autor *supra* trata, ainda, acerca da relação entre igualdade e oportunidade proporcionada pelo acesso ao conhecimento. De modo que, aduz: "a faculdade da leitura e da escrita permitem o de acesso de modo igualitário, sem que haja distinção de origem social ou econômica, a uma posição social almejada." (KINGSTON, 2007, 57-74)

De modo que, o direito à educação encontra-se concebido como um direito fundamental e a persecução de sua efetividade representa o pilar das transformações sociais. A educação apresenta-se, portanto, como elemento imprescindível ao desenvolvimento humano.

2.1 Evolução Histórica

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 elenca um rol de direitos sociais em seus artigos XXII a XXVII. Mais especificamente, em seu artigo XXVI positiva a educação como um direito universal, norteando alguns princípios que serão base de toda a legislação que se segue, conforme se verifica na Carta *infra*: "Artigo XXVI. 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado." (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 21).

A Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, esta de fundação da UNESCO em 1945, foi outro documento de importância *sine qua non* na positivação destes princípios, ressaltando o papel da educação como promotora da paz e como instrumento para concretude da mesma.

Apenas com a Constituição Francesa de 1791 a consagração dos direitos fundamentais foi alcançada, com seu texto que incluía entre as partes de seu primeiro título o dever do Estado de criar instituições de ensino fundamental destinadas a prestar assistência a vulneráveis e a previsão da criação de escolas públicas gratuitas.

Posteriormente, já no século XX a Constituição dos Estados Unidos do México, de 1917, apresenta-se como o primeiro instrumento a positivar os direitos sociais, detalhando, por exemplo, a gratuidade e obrigatoriedade da educação primária. Acerca do tema, afirma que, "tais direitos sociais pouco se diferenciam daqueles de uma Constituição contemporânea, como a brasileira de 1988." (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 23).

A Constituição de Weimar, por sua vez, dedicou todo um capítulo à educação. Em seu Livro II, capítulo IV a referida Carta discorre acerca da educação e ensino escolar ao longo de nove artigos. Desta feita, a relevância da Constituição engloba desde aspectos relativos à gratuidade de ensino, e sua respectiva obrigatoriedade, perpassando por controvérsias relativas à intervenção do Estado na liberdade de ensino, chegando a dilemas acerca das competências dos Estados (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 25).

Somente a partir da Constituição da República Soviética de 1936, fala-se em direito à educação, conforme texto constitucional posto no artigo 121 da referida Carta: "os cidadãos da URSS têm o direito à educação. Este direito é garantido por um ensino fundamental obrigatório e universal; pela educação gratuita, incluindo o ensino superior." (tradução livre) (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 26).

Conforme se aduz em torno do panorama histórico traçado, a positivação do direito à educação nas mais diversas Cartas teve início apenas no século XX.

2.2 Análise do Direito à Educação nas Constituições Brasileiras

Na história constitucional, a Constituição Brasileira de 1824, inspirada no texto constitucional francês, inovou ao incluir dois direitos sociais no rol de direitos fundamentais, dente eles o direito à instrução primária gratuita. Acerca do tema, Constituição outorgada de 1824, em seu art. 179, estabelecia que: "a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...)."(CPIB, 1824).

Infere-se, portanto, íntima relação entre a educação e a concretude dos demais direitos fundamentais, como os de liberdade ou políticos.

A Constituição de 1891, primeira do período republicano, refere-se ao direito à educação em seus artigos 35 e 72, no parágrafo 6º. Dispôs, desse modo, acerca da obrigatoriedade do Congresso em garantir instrução secundária no Distrito Federal, fomentar o desenvolvimento das letras, artes e ciências no País e fundar instituições de ensino secundário e superior nos Estados.

A Carta de 1934, enfim, apresenta-se como a primeira a garantir a educação como um direito pertencente à todos, dedicando um capítulo (artigos 148 a 158) à cultura e educação. Dispunha de tal modo: "artigo 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país (...)." (C REUB, 1934).

A Constituição de 1937 manteve algumas garantias da Constituição anterior e assegurou outras. Acresceu-se, portanto, o acesso ao ensino em todos os graus às crianças e adolescentes, mantendo a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário. Inovou, contudo, ao prever uma contribuição pecuniária àqueles que não alegassem recursos escassos.

A seguir, com a Carta de 1946, houve a consagração da educação como direito pertencente a todos. Na vigência da referido texto constitucional, surgiu, ainda, a Lei nº 4.024 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

A Constituição de 1967 abordou a temática da educação em um capítulo específico, não havendo, porém, trazido à tona inovações nesta seara.

UNILASALLE CANOAS-RS

2.2.1 O Direito à Educação na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição de 1988 pontuou grande inovação ao alocar o direito à educação no rol dos direito fundamentais, tratando-se, portanto, da primeira Carta brasileira a consagrar na declaração de direitos os de cunho social, visto que nas Constituições anteriores, tais normas integravam a seara da ordem econômica e social. Ademais, diferiu de outros países, como a Áustria, que preferiu trazê-los por via de legislação infraconstitucional. Conforme aduz: "Nem todos os países que têm procurado realizar o Estado social e sobretudo concretizar os direitos sociais básicos, o fizeram por meio do poder constituinte (...) Haja vista a esse respeito o exemplo da Áustria." (BONAVIDES, 2013, p. 371).

Deve-se, pois, perceber, que a Carta de 1988 trouxe em seu texto o direito social referenciado expresso no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988. É o que se constata no artigo. 6º: "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." (CRFB, 1988).

Consoante ao entendimento de Paulo Bonavides (2013, p. 373) a constituinte de 1988 não apenas elenca a educação como um direito social, como também, a garante. Intencionando-se a aplicabilidade e efetividade das referidas normas, foi inserido, ainda, o princípio da aplicabilidade imediata da norma, no artigo 5º, parágrafo 1º do texto constitucional, cabendo, portanto, aos Poderes Públicos garantir e conferir eficácia máxima e imediata a tais direitos. Hodiernamente, porém, uma parcela da doutrina critica a ampla gama de direitos socais, sugerindo, desta forma, um retorno ao sistema de garantias ilimitadas. Outra parcela, no entanto, dentre eles pode-se citar Paulo Bonavides (2013, p. 373) assinala acerca da dificuldade de garantir o alcance das supracitadas garantias, em face de severa escassez de recursos.

Desta feita, conforme se aduz pelo exposto anteriormente, as maiores críticas formuladas aos direitos fundamentais estão atreladas aos direitos sociais, precipuamente no que diz respeito à efetivação dos direitos em análise através das políticas públicas.

2.3 O Direito à Educação na Constituição Holandesa

A Carta Holandesa que remonta ao ano de 1815, desde então vem sofrendo algumas revisões constitucionais que alteraram parte de seu teor. A revisão constitucional de 1845 culminou com a expressão do termo liberdade de educação. O direito em análise, porém, era considerado de caráter negativo, porquanto os pais adquiriram liberdade para proporcionar aos filhos a educação em instituições ditas confessionais, tendo, porém, que suportarem o referido valor financeiro, ao passo que as instituições públicas ofereciam ensino gratuito. A situação, portanto, tornou-se insustentável com democratização do governo. O sistema educacional holandês, pois, em 1889, introduziu um sistema de financiamento para as escolas confessionais, e por fim, na revisão de 1917 (HOOKER, 2009, p. 33) foi formalizada a garantia da igualdade plena entre as escolas públicas e privadas.

O direito à educação encontra-se, portanto, positivado no artigo 23 da Lei Maior holandesa. A Constituição holandesa, garante, portanto, a "liberdade de ensino". Tal liberdade encontra-se estruturada em três pilares básicos:

> 1) Liberdade de criação de escolas;
> 2) Liberdade de convicção (faculdade de determinar em que princípios desejam se basear);
> 3) Liberdade de organização de ensino.

Conforme resta evidenciado, tal liberdade advinda de fundamentos principiológicos, é desenvolvida de diversos modos no sistema educacional holandês. Observa-se que, seu âmbito de atuação não se restringe apenas à liberdade religiosa. A relevância da um sociedade tão pautada pelo liberalismo reflete inclusive na constituição de entidades de ensino e no estabelecimento e organização destes. Fator este, que diverge sobremaneira do modelo adotado pelo Brasil, pautado pelas rígidas diretrizes e normas do Ministério da Educação.

CANOAS-RS

3 O MODELO DE ENSINO HOLANDÊS COMO PARÂMETRO NA PROSSECUÇÃO DA EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL BRASILEIRA

O aspecto *sine qua non* dos direitos sociais diz respeito ao alcance de sua efetivação. É neste cenário que encontra-se a problemática vivenciada no Brasil. A breve reflexão do estudo proposto tem por objeto uma análise da atual situação educacional infantil brasileira, apresentando como alternativas a adoção de alguns dispositivos educacionais voltados para o avanço da efetividade da educação de qualidade no Brasil.

A absorção de tais medidas provenientes da Holanda, advém da excelência de resultados em avaliações de desempenho educacional internacional consoante aos dados expostos ao longo dos últimos anos.

3.1 Caso Brasil

A estruturação da educação na atualidade teve seus contornos delineados pela Constituição da República de 1988 e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) de 1996, que sistematizou a educação em níveis, etapas e modalidades educativas. No que diz respeito aos níveis, consoante ao artigo 21 da referida lei, foi positivada a divisão da educação em dois níveis: educação básica e educação superior. A educação básica subdividia-se, assim, em três etapas: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

Em consonância com a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, é de competência dos Municípios a devida oferta da educação infantil e de ensino fundamental. Os Estados são, portanto, em colaboração com os municipíos, responsáveis pela oferta prioritária do ensino médio, sendo também garantes do ensino fundamental. A educação superior, por sua vez, envolve responsabilidades de competência dos

entes federados, especialmente da União. (LDBEN, 2010)

> Art. 9º A União incumbir-se-á de: (...)
> III - prestar assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;
> Art. 10. Os estados incumbir-se-ão de: (...)
> II - definir, com os municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do poder público;
> (…)
> VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.061, de 2009)
> Art. 11. Os municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

A educação infantil, para ordenamento brasileiro, compreende o período compreendido entre 0 a 5 anos e vivencia uma série de dificuldades. Dentre estas, pode-se citar a necessidade de ampliação do número de vagas em creches para que se possa atender a demanda atual e a necessidade de universalização do atendimento pré-escolar. A ampliação da referida prestação objetiva o atendimento de cerca de 20% das crianças na faixa etária compreendida entre 4 e 5 anos de idade que ainda não se encontram em instituições educativas no setor público.

O ensino fundamental, por sua vez, após o advento da Lei n. 11.274/2006, passou a ter a duração de nove anos, com faixa etária recomendada entre 6 a 14 anos. O maior desafio enfrentado, atualmente, por este segmento do ensino diz respeito à dissonância entre a faixa etária do aluno e a série cursada.

O ensino médio, última etapa da educação básica, com duração mínima de três anos e faixa etária recomendada de estudantes entre 15 a 17 anos tornou-se obrigatório somente a partir da Emenda Constitucional nº 59/2009, adquirindo ainda, assim com os demais, a previsão de universalização. Quantos aos desafios relativos a esta fase, pode-se citar a necessidade de maior disponibilização de recursos a fim de serem empregados para fins didáticos.

A despeito dos avanços nas políticas e gestão da educação nacional, o panorama brasileiro é marcado por desigualdades notadamente regionais no acesso de estudantes ao sistema educacional. A criação de um Sistema Nacional de Educação (SNE) e de um Plano Nacional de Educação (PNE) conferiu, portanto, maior organicidade às políticas educacionais. Este último, sancionado em junho de 2014 por meio da Lei n º 13.005, tem como objetivo definir as bases educacionais brasileiras para os próximos dez anos, por meio de políticas estatais.

A partir ao século XX ocorreu, no Brasil, uma crescente inclusão dos estudantes no ensino fundamental e médio. Em que pese tal avanço galgado, a qualidade educacional do sistema público decaiu sobremaneira. Entre os anos de 1940 e 1960, o percentual de estudantes matriculados no ensino fundamental e médio saltou de 21 para 31%. A partir da década de 1960, no entanto, as matrículas no ensino fundamental tiveram crescimento maior do que o ritmo de aumento da população em idade escolar. Em 1978, o percentual de matrículas atingiu 58%, alcançando consideráveis 86% em 1998. (FIS, 2014)

Observa-se que, ao longo dos últimos 15 anos, o Brasil tem realizado significativas reformas e mudanças em todos os níveis de ensino, tais como: ampliação do acesso estudantil ao sistema educacional; redução das desigualdades sociais de acesso e fomento à capacitação dos profissionais do

ramo educacional.

Neste cenário, pautado pelos significados avanços alcançados pelo País ao longo dos últimos anos, verifica-se, no entanto, que ainda há muito o que fazer no âmbito educacional infantil. O presente estudo, propõe nesse esteio, a adoção de algumas medidas educacionais implantadas no sistema educacional holandês, uma das referências no assunto.

3.2 Caso Holanda

A Holanda, no início do século XIX, foi palco do surgimento de um sistema educacional organizado nacionalmente Durante a segunda metade do século XIX e no início deste século, um número significativo de escolas particulares foram criadas por organizações dentro das comunidades católicas e protestantes. O referido crescimento esteve acompanhado por uma pressão exercida sobre a administração nacional a fim de que subsidiasse as instituições educacionais supracitadas. Em 1917, porém, com a reforma constitucional, as instituições de ensino de caráter privado e público adquiriram *status* financeiro equivalente. Como consequências deste acordo podemos elencar o advento de um sistema mais centralizado e privatizado.

Como consequência, a Holanda encontra-se atualmente em uma situação única, em comparação com o resto do mundo. Analisando-se o modelo de educação dos países europeus, constata-se que cerca de setenta por cento das instituições de ensino na Holanda são privadas. O sistema público de ensino holandês é estruturado através de contratos de associação entre instituições de ensino privadas com o Estado. Desta feita, o Estado, em vez de investir na construção de escolas estatais, financia de modo direito os alunos e as famílias por meio do pagamento das mensalidades nas referidas instituições. O colégio recebe, assim, *x* euros por cada aluno dito público.

Analisando-se os dados, constata-se que enquanto em Portugal, estas espécies de instituições representam apenas 4% da rede escolar, na Holanda este índice representa cerca de 70%. Uma breve pesquisa, porém, diz-nos que este modelo é comum no continente europeu, representando cerca de 25% na Espanha, 50% na Bélgica, 20% na e França e 16% no Reino Unido. [2]

Hodiernamente, o sistema de ensino holandês encontra-se entre os três melhores sistemas de ensino europeu (HOOKER, 2009, p. 29). Um novo modelo educacional advindo após a reforma neoliberal de 1980 (HOOKER, 2009, p. 35) teve importância *sine qua non* na obtenção de tais resultados. A principal característica deste sistema é a responsabilização atribuída à administração nacional, entidade esta quase exclusivamente responsável pelo financiamento de escolas públicas e privadas O modelo baseia-se em quatro pilares básicos: o aumento da autonomia, da liberdade de escolha, privatização e do controle de qualidade. Ei-los a seguir:

> 1) Grande parcela do sistema público de ensino constituída por escolas não-estatais: cerca de 2/3 do ensino público é prestado por entidades privadas, através de um sistema nacional de financiamento de ensino universal, oferecendo um tratamento igualitário às referidas instituições, sejam estas estatais ou não-estatais.
> 2) A autonomia pedagógica das escolas: as instituições de ensino são dotadas de autonomia metodológica e pedagógica, de modo que não existe um currículo nacional, mas uma breve listagem das disciplinas de caráter obrigatório. Desta feita, cada escola tem a faculdade de construir e executar seu projeto educativo.
> 3) A liberdade de escolha: através da liberdade de criação de entidades atreladas a diversas, permite a integração no sistema público de escolas confessionais e não-confessionais. As escolas podem ainda seguir métodos de ensino diversos ou mesmo especializar-se em áreas diversas.

2 Sobre os dados dos diferentes países, ver Eurydice, 2012, Key Data on Education in Europe.

> 4) Controle de qualidade: o Estado atua assim como garante da qualidade educacional, detendo inclusive o poder de fechar aquelas instituições que apresentem de modo reiterado resultados educacionais insatisfatórios.
> 5) Variedade de ofertas educativas e de ambientes escolares
> 6) Maior envolvimento e colaboração de pais e da família no contexto escolar: Relacionamento próximo entre pais e alunos, tanto por meio da faculdade de escolha da instituição por parte dos pais, quanto devido à autonomia de cada instituição.
> 7) Acesso a um sistema educacional pautado pelo qualidade e excelência: em face da ascensão da profissionalização da gestão financeira e pedagógica das entidades, proporcionando a condução de um sistema pautado pela excelência e inovação que atende aos anseios da sociedade.

O sistema tem ainda como caraterística o desenvolvimento de um sistema compensatório das minorias desfavorecidas economicamente. Os mecanismos envolvem, primeiramente, o recebimento por partes das instituições de ensino fundamental de financiamento para estudantes provenientes de famílias desprivilegiadas economicamente. Outro mecanismo diz respeito a concessão de subsídios adicionais para escolas geograficamente alocadas em regiões com elevado número de cidadãos carentes. Neste sistema, pois, para cada estudante considerado de minoria étnica, a escola recebe 1,9 vezes o valor pago para crianças advindas de ambientes privilegiados, enquanto para estudantes provenientes da Holanda de famílias economicamente desfavorecidas, este montante passa para 1,25 vezes por aluno. Este sistema assim aloca mais recursos para as escolas com uma proporção relativamente elevada de estudantes de famílias carentes.

O país, no entanto, possui em seu quadro, algumas deficiências a serem sanadas. Quanto às dificuldades vivenciadas pelo sistema educacional holandês, podem ser citadas:

> 1) A escassez de professores: uma extensa parcela de profissionais irá se aposentar nos próximos cinco a dez anos, sem a reposição de novos trabalhadores para desempenho das mesmas funções.
> 2) A necessidade crescente de atrelar o grau de excelência da escola ao período em que o estudante se encontra fora dela, de modo a propiciar o exercício da carreia profissional por partes das mulheres.
> 3) Dificuldade vivenciada pelo governo em como combinar o investimento com a inovação.

As perspectivas para o futuro na Holanda (HOOKER, 2009, p. 30) aglutinam algumas propostas e metas em âmbito educacional para os próximos anos, dentre as quais:

> 1) Elaboração de uma nova estratégia que objetive o fortalecimento da gestão e inovação das entidades estudantis, culminando no empreendedorismo educacional.
> 2) Criação de comunidades de ensino independentes economicamente, em que tais comunidades serão responsabilizadas pelos desempenhos apresentados. A exemplo de entidades semelhantes já existentes, como as comunidades de advogados e de consultores que realizam suas prestações de contas em consonância a este princípio.
> 3) A Proposição de estratégias de aprendizado inovadoras objetivando tornar o ambiente escolar mais atrativo para os alunos. Propõem-se nesse modelo, metas incluem, por exemplo, a combinação entre estudo e trabalho através de um programa de aprendizagem.
> 4) Implementação de uma política por parte do governo que proporcionará os recursos necessários para a realização de uma política local integrada. A maior ênfase dada às autoridades em nível local tem como objetivo aumentar a proximidade dos governantes locais como problemas sociais vivenciados pela população, com a finalidade maior de acirrar o combate às desigualdades sociais.
> 5) Introdução experimental dos "Regulamentos das escolas livres", de modo que as escolas passarão a poder realizar seu próprio plano de negócios, com a devida redução da burocracia estatal.

> 6) A criação de um conceito de franquias aplicado à educação na medida em que as escolas relacionam-se com um grande empreendedor que suporta os custos de sua inovação, contratação de profissionais, etc.

Ao fim da análise, resta evidente a qualidade do sistema de ensino investigado e a contribuição que este pode conceder à educação infantil brasileira. As referidas medidas proporcionam não apenas a consagração de um modelo educacional menos rígido, normativo e autoritário no Brasil, como também a desburocratização da verba pública educacional, ao possibilitar uma maior efetividade na aplicação dos recursos públicos, na medida em que impede seu desvio de finalidade por parte da administração pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao panorama tecido ao longo do estudo, pode-se concluir acerca da evolução da educação como direito fundamental ao longo do século XX. Sua positivação na norma hipotética que concede validade a todas as demais concedeu uma força ainda maior para o direito em estudo.

É verdade, pois, que resta evidenciada as diferenças entre os sistemas abordados já em sua análise constitucional, visto que nossa pátria perpassa por diversas constituições ano longo de quase duzentos anos, enquanto que nosso parâmetro europeu padece fiel à apenas um texto normativo constitucional. Dito isto, resta claro, ainda, a organização da educação nos referidos países e suas divergências naquilo que tange à efetividade e ao alcance da educação.

Ao fim do estudo, porém, visualizou-se um sistema propagador de medidas de grande valia para o ensino pátrio. Constatou-se a grande contribuição de medidas que viabilizem a implantação de verba investido de modo direito para o aluno, de maneira a suplantar o modelo de corrupção que perpassa todas nas instâncias da administração direita e indireta no Brasil e que impede que logre êxito a política educacional de qualidade no País.

A pauta liberal apresenta-se ainda como um trunfo próprio dos Países Baixos. A possibilidade de replicação de aspectos de tal doutrina na educação brasileira representa um objetivo a ser traçado. O maior entrelace entre pais, escola e alunos, a possibilidade de um maior decisionismo e protagonismo pelos pais no cenário escolar, além da possibilidade de criação de estabelecimentos de ensino por parte da própria comunidade representa uma descentralização sem precedentes e o prenuncia de um sistema de ensino para além das habilidades puramente lógicas ou científicas.

O crescente fomento e investimento em profissionais e estratégias para tornar o ensino mais atrativo, representa o início de um movimento próprio do processo globalizatório do século XXI. Uma série de novas habilidades são requeridas do sujeito, e dentre estas, encontra-se a mais importante e necessária para a perpetuação da espécie em tempos de pluralismo. A liberdade em suas facetas religiosa, de expressão, de orientação sexual, de ensino, de orientação política, representa o passaporte para uma sociedade em que se fomente o multiculturalismo, o pluralismo, e o diálogo para a construção da paz.

O que está em voga, portanto, é a construção de uma sociedade desde que visualize os limites de sua liberdade e autonomia como sujeito e que, por sua vez, seja uma ávida respeitadora e defensora dos direitos fundamentais do outro.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-105409/>. Acesso em: 2015-04-24.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. A Theory of Constitutional Rights. Translated by Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2002.

ARISTÓTELES. La Política. Ed: de Marías y M. Araújo, libro VIII (VI) 13 17ª 2, Instituto de Estúdios Políticos, Madrid, 1951.

BLANSHARD, Brand. The uses of a liberal education. Edward W. Hazen Foundation, 1949.
BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

_____. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Locke e o Direito Natural. Tradução por Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 28ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BOWE, Richard; BALL, Stephen J.; GOLD, Anne. Reforming education and changing schools. 1992.

BUHLER, Ottmar. La constitucicion alemana de 11 de agosto de 1919: texto completo, comentários, introduccion histórica y juicio general. traduccion de la tercera edicion alemana por Jose Rovira Armengol. Barcelona: Labor, 1931.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

_____. Manual de Direito Constitucional, volume 2.

_____. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1ª- edição. Coimbra: Almedina, 2004.

COELHO, Rosa Júlia Plá Coelho. Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Européia. Brasília: OAB Editora, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. A efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva: a exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-12022014-160504/>. Acesso em: 2015-04-27.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A constituição de Weimar: Um capítulo para a educação. Educ. Soc., Campinas, v. 19, n. 63, p. 83-104, Ago. 1998. Disponível em: -
73301998000200006&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 06 de maio de 2015.
http://dx.doi.org/10.1590/S0101-7330199800020000

DIMOLIUS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.ohchr.org/ EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por

FREIRE, Paulo. Conscientização e alfabetização: uma nova visão do processo. Estudos Universitários – Revista de Cultura da Universidade do Recife. Número 4, 1963: 5-22.

_____. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.

_____. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970.

_____. Educação e mudança. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1979.

Fundação Itaú Social, Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, Educação infantil em debate: a experiência de Portugal e a realidade brasileira. Câmara Brasileira do Livro, São Paulo, 2014.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª Ed., 2006.

HOOKER, Mark T. Freedom of Education: The Dutch Political Battle for State Funding of all Schools both Public and Private (1801-1920). CreateSpace Independent Publishing Platfmor, Holland, 2009.

KINGSTON, Paul W, and HOLIAN, Laura M., "Inequality", in Alberto Martinelli (ed.), Transatlantic Divide. Comparing American and European Society, Oxford, Oxford University Press, 2007.

LELLIS, Lélio Maximino. O direito fundamental à educação configurado pelos princípios do ensino. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 13(25): 103-131, jul.- dez. 2013.

LEVINSON, Meira. The demands of liberal education. Oxford University Press, 2002.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

MARTÍNEZ, Gregório Perces-Barba. Derechos Fundamentales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política). Dykinson. Madrid, 1999.

_____. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1. de 1969. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. IV. 3ª ed. Ver. Atual. Coimbra: Editora, 2000.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários a educação do futuro. 8ª ed. Cortez; Brasilia, DF:

UNILASALLE CANOAS-RS

UNESCO, 2003.

MOSE, VIVIANE. A Escola e os desafios contemporâneos. 1ª edição. Sao Paulo: Civilização Brasileira, 2013.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A constitucionalização simbólica. São Paulo, SP: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. Revista da Faculdade de Educação, n º11. São Paulo: FEUSP.

PLATÓN, La República. Ed. de J. M. Pabón y A. Férnandez-Galiano, VIII, 557 b3. Instituto de Estudos Políticos (hoy Centro de Estúdios Constitucionales), Madrid, 1949.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. e ampl.; 3ª. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, 2006. p.23-51. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf> Acesso em: 22/10/2015.

_____. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SPIECKER, Ben; STEUTEL, Jan. Multiculturalism, pillarization and liberal civic education in the Netherlands. International Journal of Educational Research, v. 35, n. 3, p. 293-304, 2001.

URSS. 1936 Constitution of the URSS. Tradução livre. Disponível em <http://large.stanford.edu/history/kaist/references/marx/beard/c10/>.

POR UMA COMPREENSÃO DO PROTAGONISMO JUVENIL NA ESCOLA

João Alberto Steffen Munsberg[1]
Gilberto Ferreira da Silva[2]

RESUMO: Este artigo constitui-se num recorte da dissertação intitulada *O Ensino Politécnico frente às demandas e perspectivas discentes*, inserida na linha de pesquisa Formação de Professores, Teorias e Práticas Educativas, do PPGEdu – UNILASALLE. Analisa a percepção de estudantes de escolas públicas estaduais do Rio Grande do Sul sobre o atendimento de suas demandas pelo Ensino Médio Politécnico. Os conceitos *contorno antropológico*, de Balandier, *pensamento complexo*, de Morin, e *modernidade líquida*, de Bauman, constituíram a ancoragem teórica da investigação. No percurso metodológico utilizou-se a técnica de análise temática de Gibbs (2009), combinada com procedimentos de análise de conteúdo de Bardin (2011). Como resultados da pesquisa, constatou-se que a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico não atende satisfatoriamente às demandas dos estudantes. Isso remete à necessidade de se olhar para a realidade apresentada, buscando a compreensão das juventudes como sujeitos da aprendizagem.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Médio Politécnico; educação básica; formação humana integrada; protagonismo juvenil.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo – *Por uma compreensão do protagonismo juvenil na escola* – constitui-se num recorte da dissertação, cuja investigação realizada insere-se na linha de pesquisa Formação de Professores, Teorias e Práticas Educativas, do PPGEdu UNILASALLE – Canoas, RS.

A pesquisa buscou resposta para o seguinte problema: *O Ensino Médio Politécnico está atendendo às demandas e perspectivas dos estudantes da escola pública estadual no Rio Grande do Sul*? Na perspectiva da problemática, definiu-se o objetivo geral da pesquisa: *Analisar a percepção de estudantes de escolas públicas estaduais do Rio Grande do Sul sobre o atendimento de suas demandas pelo Ensino Médio Politécnico*. Da articulação entre problema e objetivo resultou a confirmação do tema da pesquisa: O Ensino Médio Politécnico frente às demandas e perspectivas discentes.

O Ensino Médio Politécnico frente às demandas e perspectivas discentes constitui-se num tema social, inserido no campo das questões socialmente vivas, sensíveis ou controversas, isto é, a função social do ensino médio no Brasil. Foram recolhidos 658 questionários, com 87 itens e um relato cada, referentes a 30 escolas urbanas, uma de cada cidade-sede de Coordenadoria Regional de Educação (CRE), abrangendo todo o Estado do Rio Grande do Sul. Ressalte-se, também, que a coleta de dados incluiu os professores orientadores do Seminário Integrado de cada escola, cujos dados não foram analisados neste estudo.

Assim sendo, este trabalho é apenas o começo. Continuar é preciso. É preciso olhar mais para o protagonismo juvenil, buscando compreender melhor os sujeitos da aprendizagem no espaço escola.

A sociedade do século XXI é a sociedade do conhecimento. *Pensamento complexo* e *modernidade líquida* articulam-se com um *contorno antropológico* configurado por uma "cartografia do (re)conhecimento". Nesse mundo, novas problemáticas desafiam velhas práticas educativas, exigindo novas abordagens pedagógicas. A escola precisa ressignificar o currículo e os conteúdos escolares, tendo em vista a transformação da realidade e os tipos de subjetividades que pretende produzir.

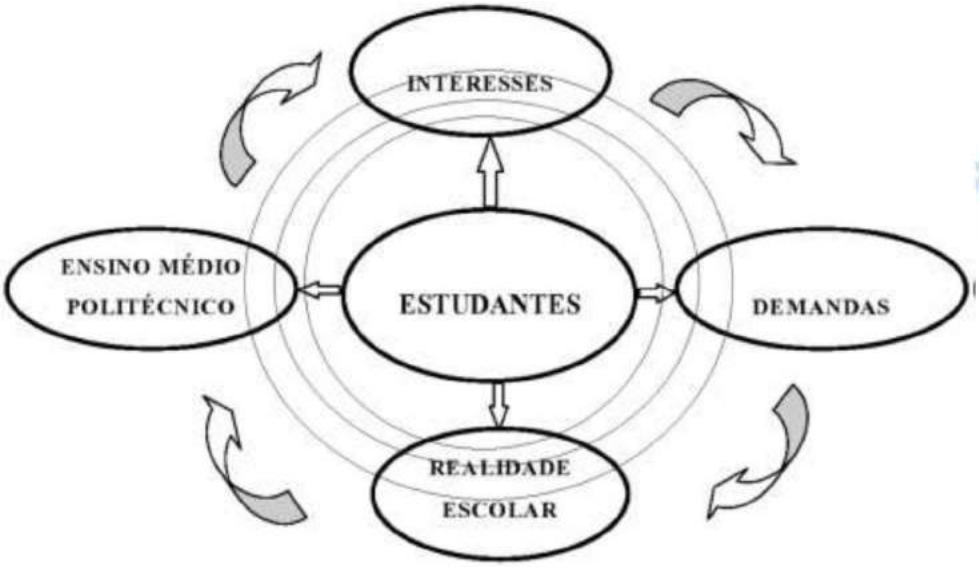
---

1 Doutorando PPGEdu – UNILASALLE; steffen@pvsinos.com.br
2 Docente PPGEdu – UNILASALLE; gilberto.silva@unilasalle.edu.br

A centralidade da pesquisa é o estudante e a formação recebida na escola – formação pessoal e profissional. Como se dá essa formação? Qual é a sua finalidade? Em que mundo vive o jovem? Para responder a esses questionamentos – atrelados às demandas e expectativas dos jovens –, é preciso compreender o contexto atual e os conceitos fundantes da proposta pedagógica. Para tanto, optou-se pela ancoragem teórica nos pensadores a seguir indicados, buscando-se a compreensão da realidade vivida, em termos socioeconômicos, políticos e culturais, fundamentada nos conceitos de *contorno antropológico* (do antropólogo e etnólogo Georges Balandier), *pensamento complexo* (do pesquisador Edgar Morin) e *modernidade líquida* (do filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman). É nessa perspectiva de racionalidade que é analisada a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico.

O esquema a seguir apresenta a ideia de um processo contínuo, onde os interesses dos estudantes geram demandas que impactam na realidade escolar, a qual precisa ser atendida pelo Ensino Médio Politécnico com a finalidade de satisfazer aos interesses e necessidades dos estudantes. Formação humana integral dos jovens é o objetivo maior dessa proposta pedagógica. Conceitos fundantes e estruturantes do Ensino Médio Politécnico foram considerados nessa perspectiva. O mundo da educação movendo-se em função dos estudantes. Nesse dinamismo, o Ensino Médio Politécnico persegue o atendimento aos interesses e demandas dos jovens, transformando a realidade escolar.

Esquema – Contornos, complexidade e fluidez: percurso metodológico



Fonte: Munsberg, 2014.

Quanto à metodologia, inicialmente, o tratamento dos dados da questão aberta seguiu a Técnica de Análise de Conteúdo desenvolvida por Bardin (2010). Todavia, devido à grande quantidade de material coletado, foi necessário adotar um método mais adequado, mas de igual forma pertinente e coerente com os propósitos desta pesquisa. Optou-se, então, por realizar análise temática segundo o método de Gibbs (2009). Trata-se de um método interpretativo que permite organizar e interpretar os dados de forma sintética, porém segura e confiável.

Articulando fundamentos da técnica de Bardin (2010) com o método de Gibbs (2009), os procedimentos adotados na organização e no tratamento dos dados são: 1. pré-análise dos relatos dos respondentes, mediante leitura "flutuante"; 2. digitalização dos resultados, garantindo a confidencialidade mediante processo de anonimização e utilização de localizador; 3. leitura aprofundada em busca de termos ou expressões que evidenciassem os temas gerais; 4. identificação dos temas de interesse da pesquisa e suas abordagens (positiva ou negativa) em nível categórico e analítico; 5.

codificação dos relatos em avaliação positiva, negativa ou ambas; 6. codificação dos temas a partir de passagens de mesma atividade, de acordo com as categorias definidas *a priori* (codificação baseada em conceitos) e *a posteriori* (codificação baseada em dados); 7. elaboração do rol de códigos para estruturação dos agrupamentos temáticos 8. agrupamento dos termos por categoria; 9. descrição, análise e discussão das categorias temáticas. Com a codificação dos relatos e dos temas procedeu-se a transformação dos dados brutos do texto por recorte (escolha das unidades), a enumeração (escolha das regras de contagem) e a agregação (escolha das categorias), permitindo a descrição. Como unidade de registro adotou-se o tema, compreendendo também palavras-tema.

Para a categorização utilizou-se o critério semântico, isto é, a classificação por categorias temáticas. A leitura intensa dos relatos possibilitou a seleção dos temas. Foram destacadas palavras relacionadas às medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico, os conceitos estruturantes da proposta pedagógica e palavras recorrentes. As atividades relatadas constituíram os códigos descritivos, de onde foi retirado o rol de 34 unidades. Passando da descrição ao nível categórico e analítico, os temas foram agrupados em sete categorias por similaridades contextuais. Com base nessas similaridades, as unidades forma agrupadas, resultando nos códigos analíticos que constituem as subcategorias.

Para preservar a identidade dos respondentes na análise de relatos, adotou-se o processo de anonimização com a utilização de localizador, sendo que os sujeitos da pesquisa citados são designados por E (estudante) e os índices superior (CRE/escola) e inferior (respondente).

2 PENSANDO O PROTAGONISMO JUVENIL NA ESCOLA

Quem são os sujeitos da pesquisa?

Para os mentores da proposta pedagógica implantada no Rio Grande do Sul,

> Os alunos ingressam no Ensino Médio carregados de experiências, com bagagem social e cultural bastante diversa e rica. Eles são portadores de histórias de relação com a educação, com o conhecimento. Possuem visões de mundo e projetos de vida cuja constituição é produto de suas vivências sociais e educacionais. Esses alunos, na grande maioria oriundos das classes populares, com as limitações materiais inerentes, têm dificuldades de encontrar na escola um espaço de acolhimento para seus desejos e necessidades mais imediatos. Isso porque há ausência de diálogo entre os objetivos da escola, do professor, do aluno e da família (AZEVEDO; REIS, 2013, p. 28).

Embasados na bagagem pessoal, sociocultural e nas vivências socioeducacionais, os estudantes alimentam desejos, sentem necessidades, criam projetos de vida e visões de mundo.

Os sujeitos da pesquisa são jovens. Integram diversas *juventudes*, distintas culturas juvenis, até mesmo por conta da dimensão geográfica abrangida pela investigação. “A ‘juventude’ é apenas uma palavra”. Esse é o título de um artigo de Bourdieu (1983). Apenas uma palavra que precisa ser pluralizada, pois é carregada de sentidos e significados.

Sobre a questão identitária, afirma-se, em rápida passagem, que para Pavan (2013) a construção dos sujeitos ocorre “por meio da cultura e da história nos diferentes espaços/tempos” (p. 104), inclusive no espaço/tempo do currículo. Na mesma direção, Louro (2004) postula que as identidades dos sujeitos são “plurais, múltiplas; identidades que se transformam, que não são fixas ou permanentes, que podem, até mesmo, ser contraditórias” (p. 24). O tema “múltiplas identidades” também já fora tratado por Carrano (2000), direcionando a análise para o segmento juventude, categoria que é considerada em sentido 80 plural devido à heterogeneidade constitutiva e à diversidade identitária (MUNSBERG; SILVA, 2014). A juventude é uma categoria social identificada com o excesso, o exagero, a extravagância. Balandier (1997b) situa a juventude como “figura da desordem”, que se caracteriza pelo movimento, pela transitoriedade, pela contradição. É essa juventude que a pesquisa apresenta?

O desconhecimento da realidade juvenil tem provocado desencontros entre diversas esferas e/ou setores, tais como: condição juvenil versus poder público, condição juvenil versus escola, escola versus mundo do trabalho. Desconhecendo o perfil, as demandas, os interesses e as expectativas dos jovens, políticas públicas resultam ineficazes. A escola, por sua vez, não consegue motivar os estudantes devido às práticas educativas desinteressantes. Jovens carregam a marca da mudança, almejam transformar o mundo. Mudança ocupa centralidade e é elemento comum na experiência dos jovens.

Já na introdução do documento-base da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico consta a ênfase no protagonismo juvenil:

> [...] há a necessidade da construção de uma nova proposta político-pedagógica em que o ensino das áreas de conhecimento dialogue com o mundo do trabalho, que interaja com as novas tecnologias, que supere a imobilidade de uma gradeação curricular, a seletividade, a exclusão, e que, priorizando o protagonismo do jovem, construa uma efetiva identidade para o Ensino Médio (SEDUC-RS, 2011, p. 6, grifo nosso).

O protagonismo juvenil referido no documento é previsto na legislação normativa da educação básica. Portanto, não se trata de novidade, mas sim, uma outra tentativa de sistematização da formação dos jovens, preparando-os para a intervenção transformadora na/da realidade. Trata-se, na visão dos idealizadores da proposta, de um outro fazer educativo. Assim, todos os conceitos estruturantes do Ensino Médio Politécnico estão amarrados em torno da formação de sujeitos preparados para a mudança da realidade numa perspectiva histórica.

Para formar cidadãos com tal capacidade, os mentores da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico assim definem e caracterizam o tipo de escola necessária:

> Escola é espaço de produção da vida, de construção coletiva, de formação cidadã, de complexificação das formas humanas de ação e reflexão no mundo. Não é lugar para vigiar e punir alunos em tarefas de memorização, de informações vazias de sentido, puramente abstratas, como se a aprendizagem e a produção do conhecimento ocorressem em uma redoma de vidro fora de um contexto social, cultural e histórico determinado.
> É necessário considerar que a escola, como espaço da diversidade, deve sempre organizar seu trabalho pedagógico por meio de uma forma curricular flexível, de uma pedagoga relacional, dialógica, com avaliação emancipatória e gestão democrática. Aí, a diversidade constitui o sustentáculo gerador de outro fazer educativo: aquele pautado na igualdade e no respeito à pluralidade nas formas de relacionamento social. Uma escola com essas características pressupõe um processo de mudanças que produzam uma nova cultura escolar (AZEVEDO; REIS, 2013, p. 243, grifo nosso).

A escola assim descrita é a escola de que necessitam os jovens da contemporaneidade – uma escola cidadã preparando os estudantes para a cidadania. Uma escola libertadora, construindo a emancipação humana. Segundo o documento-base, as contradições do mundo do trabalho exigem da "[...] escola um novo desafio: desenvolver consciências críticas capazes de compreender a nova realidade e organizar-se para construir a possibilidade história de emancipação humana" (SEDUC-RS, 2011, p. 15).

A propósito da referência a *vigiar e punir* na citação de Azevedo e Reis (2013), traz-se o pensador Michel Foucault. O filósofo traça uma "história do pensamento" configurada como uma história dos "lugares de experiência", dentre os quais destaca-se a escola.

Em todos os "lugares de experiência" se articulavam o saber (como discursos constitutivos de matrizes de conhecimento), o poder (como conjunto de técnicas e procedimentos de conduta dos indivíduos) e a subjetivação (como formas de constituição do sujeito). Na obra *Vigiar e punir* Foucault (2013) assinala que o objetivo de qualquer espaço institucional – como a escola – é o enquadramento dos indivíduos. Nesse sentido, descreve o modelo de vigilância do *Panóptico* de Bentham, dispositivo baseado

no "princípio de que o poder devia ser visível e inverificável" (FOUCAULT, 2013, p. 191). O Panóptico produz efeitos homogêneos de poder, constituindo-se num poderoso mecanismo de normalização. Possibilita a modificação do comportamento e o treinamento dos indivíduos segundo as normas do poder dominante. Em resumo, o Panóptico é uma máquina de produzir, de testar e de obter poder. Ordem, disciplina, controle e vigilância são atributos de instâncias do poder.

Foucault (2013) lança pergunta intrigante que tem resposta óbvia: "Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?" (p. 214). Os estudantes querem uma escola diferente, uma escola para além dos muros, para além dos panópticos, para além do vigiar e punir, como ver-se-á na análise de suas respostas às questões da pesquisa. Essa pretensão, por si só, já demonstra o protagonismo juvenil, uma das prioridades do Ensino Médio Politécnico.

Dentre as práticas pedagógicas realizadas nas escolas, definidas *a priori* como categorias temáticas, analisam-se, neste artigo, as categorias *práticas político-cidadãs* e *práticas interculturais.*

Práticas político-cidadãs envolvem planejamento em equipe e ações coletivas, cooperativas, integrativas, inclusivas e interativas de todos os agentes da comunidade escolar.

Quatro medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico dizem respeito, mais diretamente, às *práticas* político-cidadãs: direitos humanos como princípio norteador, conhecimento como processo histórico permanente de transformação da realidade, avaliação emancipatória como prática avaliativa transformadora e democrática e trabalho, ciência, tecnologia e cultura como dimensões da formação humana. A formação humana, voltada para a emancipação dos sujeitos, precisa estar pautada por uma educação reflexiva, crítica e libertadora, desenvolvendo a autonomia e possibilitando o protagonismo juvenil. Segundo Moura (2010), pesquisa como princípio educativo, "[...] contribui para a formação de sujeitos autônomos, capazes de compreender-se no mundo e nele atuar por meio de trabalho [...]" (p. 9). Portanto, a construção da autonomia intelectual dos 132 sujeitos prepara-os para a transformação da realidade.

Nessa perspectiva, Morin (2013b) enfatiza: "A reforma do pensamento contém uma necessidade social-chave: formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas do seu tempo." (p. 27). Para tanto, "O pensamento deve tornar-se complexo" (MORIN, 2013a, p. 10). É preciso desenvolver nos jovens a consciência moral e intelectual, isto é, a reflexão filosófica. Segundo Azevedo e Reis (2013),

> [...] a formação humana voltada para a emancipação deve tomar como objetivo uma educação que se volte para a reflexão e a crítica. Deve-se pensar, assim, na possibilidade de uma educação que leve em consideração a capacidade de o indivíduo tornar-se autônomo – intelectual e moralmente –, ou seja, ser capaz de interpretar as condições histórico-culturais da sociedade em que vive de forma crítica e reflexiva, impondo autonomia a suas próprias ações e pensamentos (p. 71).

Compete à escola promover a formação para o protagonismo juvenil, mediante ações educativas que desenvolvam a autonomia e o pensamento crítico. E isso é competência de todos os componentes curriculares de forma integrada, interdisciplinar, promovendo experiências humanas. Ou seja:

> [...] experiências de vida que podem contribuir, especialmente para o adolescente em busca de si mesmo, com uma autoconsciência, uma consciência de si, da relação com outros, de suas próprias paixões, dos próprios movimentos de sua alma... e ao mesmo tempo, [...] para a inserção do indivíduo num mundo, numa sociedade etc. (MORIN, 2010, p. 353).

É formando sujeitos críticos, reflexivos, que a educação pode contribuir para a transformação da realidade.

UNILASALLE CANOAS-RS

A categoria *práticas político-cidadãs* compreende duas temáticas: *projetos sociais* e *protagonismo juvenil* e a execução dessas medidas.

A temática *projetos sociais* engloba ações de cunho social, humanitário e cívico político,propiciando a formação integral do sujeito mediante a compreensão da realidade.

O estudante E_{19}^{4} destaca a contribuição de um projeto desenvolvido no Seminário Integrado, promovendo a solidariedade.

> O projeto de Seminário Integrado "Fazer o bem sem olhar a quem" foi um dos que eu mais gostei de fazer, pois houve um ato de solidariedade [...]. Foi muito importante para aprender, tanto como fazer um trabalho científico em grande grupo, quanto para aumentar nosso senso de solidariedade e amor com o próximo (E_{19}^{4}).

Projetos dessa natureza propiciam o conhecimento e a compreensão da realidade, a conscientização sobre os desafios sociais e a realização de ações transformadoras no contexto socioantropológico.

Para Bauman (2013c), "A nova interpretação da ideia de direitos humanos básicos estabelece, no mínimo dos mínimos, os alicerces da tolerância mútua; mas, cabe enfatizar, não chega a ponto de estabelecer os alicerces da solidariedade mútua" (p. 38).

O momento atual da *modernidade líquida* é caracterizado pela dissolução dos pontos de referência, pela busca desenfreada da identidade e pela liberdade consumidora. Para Bauman (2001), os laços humanos foram derretidos pelo progresso moderno. Os padrões sociais da modernidade, que sustentavam a construção individual da vida, a política-vida e a construção política da sociedade, foram liquefeitos. A busca da identidade deteriora as bases da construção de uma vida coletiva. A liberdade consumidora cria nos indivíduos líquidos a sensação de felicidade – inalcançável.

Protagonismo juvenil diz respeito à formação dos jovens para a atuação político cidadã em prol da transformação da realidade. Três relatos ilustram essa temática.

Percebe-se o protagonismo dos jovens no depoimento do estudante $E20^{39}$, que destaca a participação dos estudantes na escolha dos temas de pesquisa. "No seminário, é feito projetos completos, onde os alunos devem escolher o tema, portanto, a maioria das atividades tornam muito interessantes pelo fato de ser um assunto de nossa escolha" (E_{20}^{39}).

O estudante $E21^{18}$ descreve um projeto interdisciplinar, em termos de conteúdos trabalhados, de cunho socioantropológico e de formação para a cidadania, realizado numa praça da cidade.

> Uma atividade de bom proveito, realizada nas aulas de seminário integrado, foi nossa pesquisa sobre o espaço cultural e econômico da praça Tamandaré. A pesquisa nos ajudou a compreender e valorizar mais a cultura local, e nos envolveu em questões políticas quanto ao planejamento urbano o que nos ajudou a compreender melhor como funciona alguns aspectos da administração da cidade ($E21^{18}$).

O relato a seguir é enfático ao descrever um projeto bem-sucedido. O título em caixa alta expressa o sentimento do estudante $E22^{8}$, destacando a importância do protagonismo juvenil.

> FALA JUVENTUDE. Através deste projeto, como o próprio nome diz, os alunos tiveram voz e puderam interagir dentro da escola. Foi muito importante para mim, não só como aluna, organizar e participar ativamente de um projeto tão enriquecedor de conhecimento ($E22^{8}$).

Organização, participação e interação. Fala, voz dos estudantes "dentro da escola". Protagonismo juvenil – estudantil – num espaço em que ações e práticas como essas ainda não são frequentes.

Como constatado, as *práticas político-cidadãs*, compreendendo *projetos sociais* e *protagonismo juvenil*, ainda são práticas pedagógicas tímidas em relação às medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico. Os resultados contrapõem-se às expectativas dos estudantes e à realidade escolar que descrevem, como já exposto anteriormente. Todavia, práticas simples podem incentivar o protagonismo dos estudantes. Estudo realizado por Rodrigues (2014), sobre o ensino de um conteúdo de Física, ressalta o desenvolvimento da autonomia dos estudantes no processo de criação, contribuindo para o protagonismo do aprendiz. Roberto Silva (2014) relaciona o Ensino Médio Politécnico à "customização curricular". Para ele, customizar é individualizar, é fazer do seu jeito. Assim, processos formativos flexibilizados, em que ocorra a participação dos sujeitos, propiciam o desenvolvimento do protagonismo juvenil. Entretanto, o cruzamento dos dados de questões fechadas com os relatos da questão aberta apontam para a necessidade de valorização dos estudantes, especialmente na escolha dos conteúdos e dos temas dos projetos.

Práticas interculturais são ações educativas relacionadas com o respeito às diversidades, propiciando convivência harmoniosa entre todos, independentemente de condições que diferenciem os sujeitos. Essas práticas estão relacionadas às seguintes medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico: direitos humanos como princípio norteador, trabalho, ciência, tecnologia e cultura como dimensões da formação humana e formação integral como direito social.

A sociedade contemporânea – ao mesmo tempo agente e produto da globalização econômica e tecnológica – configura-se como sociedade multicultural, caracterizada, fundamentalmente, pela multietnicidade, pelo hibridismo e pela migração (SILVA, G. F., 2001; 2004).

A escola contemporânea vive novos tempos, com novas exigências sociais e novas possibilidades educativas. Isso requer mudanças. Mudanças de organização, de relações, de políticas e de atitudes. A escola precisa assumir a multiculturalidade de maneira compartilhada. Multiculturalidade implica superar o individualismo, os velhos discursos, as estruturas excludentes e as posturas discriminatórias em prol de um trabalho cooperativo, colaborativo, reflexivo e dialógico.

Interculturalidade aqui é entendida como processo de "[...] intervenção crítica e transformadora na realidade multicultural [...]" (SILVA, G. F., 2001, p. 128), em busca da integração solidária dos sujeitos. Para Morin (2011), "Não há sociedade humana, arcaica ou moderna, desprovida de cultura, mas cada cultura é singular. Assim, sempre existe a cultura nas culturas, mas *a* cultura existe apenas por meio *das* culturas" (p. 51). Isso significa coexistência de unidade e diversidade, do particular e universal, do singular e múltiplo (plural). Uma cultura específica mantém identidade própria, mas é aberta às interações – há identidade na pluralidade. Há interculturalidade.

Para promover a interculturalidade, a escola precisa, antes de tudo, compreender a "cultura adolescente". Conforme Morin (2010),

> Os adolescentes e os professores são duas realidades imbricadas, que não se conhecem verdadeiramente: daí a necessidade de algumas incursões pela "cultura das ruas" ou dos grandes conjuntos habitacionais e sobre outros diferentes aspectos da cultura adolescente (p. 446).

Dir-se-ia, no caso da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico, que é necessário conhecer o entorno da escola mediante pesquisas socioantropológicas. É preciso conhecer as partes do todo chamado cultura local, imbricada na cultura global ou "planetária".

A categoria *práticas interculturais* é integrada por duas temáticas: *projetos culturais e diversidade cultural* e *integração multicultural*.

Projetos culturais e diversidade cultural são as atividades focadas prioritariamente em aspectos da cultura, local e/ou universal.

Exemplificando esses projetos, tem-se o depoimento do estudante E_{23}^{9}. "Gostei muito da gincana tradicionalista, pois fez todas as turmas participarem, em conjunto. O seminário foi muito importante, pois pesquisamos sobre um assunto e assim adquirimos cada vez mais conhecimento" (E_{23}^{9}).

Uma gincana com temática tradicionalista envolveu toda a escola e propiciou aos estudantes um mergulho na cultura gaúcha. Trata-se de uma atividade inserida no movimento de preservação da cultura regionalista, porém caracterizando-se como uma prática educativa intercultural, promovendo a interação dos estudantes, independentemente de suas origens étnico-culturais. Afinal, conforme Bauman (2012),

> A identidade de uma sociedade tem raízes, em última instância, numa rede mais ou menos invariante de relações sociais; a natureza "societal" da sociedade consiste acima de tudo numa teia de interdependências desenvolvida e sustentada pela e na interação humana (p. 215-216, grifo do autor).

O destaque do estudante E_{24}^{12} exemplifica uma atividade cultural sem envolvimento direto dos estudantes na produção do evento, mas de grande repercussão como fator de integração social. "Show do CHIMARRUTS, foi algo diferente e fez toda a escola se juntar e socializar" (E_{24} ^{12}). A importância do evento para o respondente pode ser constatada na grafia do nome da banda em caixa alta.

Já o relato do estudante E_{25}^{16} serve de exemplo para a atividade étnico-cultural. "Gostei muito da noite gastronômica, pois conhecemos várias pessoas, etnias e as culturas das mesmas, os pratos típicos e a confraternização com os pais e amigos" (E_{25} ^{16}).

A atividade, a partir da culinária, propiciou o conhecimento de diferentes etnias com respectivas culturas. Nessa atividade são percebidas duas características da sociedade multicultural: multietnicidade e identidade híbrida, plural. Para Gilberto Ferreira da Silva (2004), multietnicidade consiste na "[...] presença de vários grupos étnicos no interior de uma mesma sociedade" (p. 298), enquanto que identidade híbrida/plural é entendida como resultado do cruzamento de culturas distintas que convivem em um mesmo espaço.

A temática *integração multicultural* está centrada em atividades que proporcionam a convivência dos sujeitos, respeitando as diferenças a partir da compreensão da diversidade.

Dois depoimentos exemplificam a temática. "O projeto sobre a Copa teve uma interação entre toda a turma e professores, uma atividade diferente e bem interessante. Na minha opinião, foi bem divertido este trabalho e nos preparou para agir em grupos, onde um depende do outro" (E_{26}^{5}). "Gostei do Projeto da Copa 2014, porque todos trabalharam em conjunto (a turma) (E_{27}^{5})."

O projeto realizado possibilitou trabalho em equipe e a compreensão da interdependência dos sujeitos. Mas é preciso estar atento aos significados de práticas culturais na contemporaneidade. Bauman (2013c) alerta: "A cultura plenamente abrangente de nossos dias exige que se adquira a aptidão para mudar a identidade [...]" com frequência, rapidez e eficiência. Nesse sentido, é preciso estar atento à "nova indiferença à diferença" manifesta no "multiculturalismo" como sendo "pluralismo cultural".

> O novo culturalismo, tal como o racismo que o precedeu, busca minar a consciência moral e aceitar a desigualdade humana encarando-a como um fato que ultrapassa nossa capacidade de intervenção (no caso do racismo), ou como uma condição na qual se deveria intervir, em deferência a seus veneráveis valores culturais. (BAUMAN, 2013c, p. 47).

Integração social, respeito às diferenças, convivência na diversidade, trabalho em equipe, compreensão da interdependência dos sujeitos, aprender a ser e a conviver são contribuições de *práticas interculturais* para a formação integral dos estudantes. Sobre a temática, busca-se em Bauman (2000) um conceito esclarecedor – *estranhos*. São considerados *estranhos* os desprovidos de produção própria de saberes. Mas, estranhos incomodam. Decorre daí que a produção de saberes sobre esses outros os trata, sucessivamente, como estranhos, anormais e normais, resultando no que pode ser entendido 138

como um processo de naturalização da anormalidade e da desigualdade. No conjunto de suas obras, Bauman tem alertado para uma questão: defender o respeito à diversidade e às diferenças pode implicar uma maneira camuflada de dominação e exploração dos outros. A escola precisa estar atenta a isso.

Para Gilberto Ferreira da Silva (2004), "a mudança do enfoque da escola para uma atuação que considera a multiculturalidade presente em nossos espaços sociais obriga que se repense também todos os outros componentes da atuação educativa na perspectiva intercultural." (p. 298).

Educação intercultural pressupõe a formação de sujeitos críticos, capazes de intervirem na realidade multicultural. É nessa perspectiva que deveria ser pensada a proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico, tendo em vista suas medidas propositivas.

Assim como percebido na análise das outras categorias temáticas, as atividades desenvolvidas em *práticas interculturais* são importantes na formação integral dos estudantes, porém, não se constituem em ações com a necessária intensidade e frequência. Dessa forma, pouco contribuem para a concretização das medidas propositivas elencadas, resultando num distanciamento entre a proposição e a execução dessas medidas.

Num olhar mais amplo sobre o Ensino Médio Politécnico, os respondentes consideram que a proposta pedagógica não prepara para o futuro. O estudante E_{46} [21], preocupado com seu futuro, faz um relato que é um desabafo, um clamor por um ensino de qualidade. Suas ponderações são consistentes e conduzem a profundas reflexões. Relata, inicialmente, os aspectos positivos do Ensino Médio Politécnico – projetos, pesquisas diversas, jogos, shows, saídas de campo etc. E aí vem a reivindicação: quer aula de qualidade, com conteúdo, que prepare para competir no Enem e no vestibular de uma boa instituição de ensino superior. O depoente arremata: "Eu não quero ser só um pobre feliz com o ensino médio, [...]". O discurso do Ensino Médio Politécnico não satisfaz.

> Gostei das apresentações do seminário que foram envolvidas na Olimpíada Rui Barbosa, todas as turmas da escola tiveram que fazer atividades sobre alguma parte da Constituição de 1988, até os pequenos do 6º ano ajudaram. Depois todo mundo apresentou várias pesquisas e atividades artísticas, veio o pessoal da comunidade ver o show de talentos.
> Quando a gente foi nas casas entrevistar as pessoas sobre o que sabiam dos seus direitos e deveres e sobre as sugestões que queriam dar para a Constituição ficar mais legal, as pessoas recebiam bem a gente, mas sabiam bem pouco. Depois tivemos que organizar umas palestras e fazer uma ação social para ajudar alguma instituição da cidade. Isso foi bem legal.
> Mas não dá pra ficar só fazendo isso, é preciso ter aula, tem que ter conteúdo no caderno. Às vezes fico triste com o Politécnico porque não me dá as mesmas chances de competir no vestibular e no ENEM do que os alunos das escolas particulares e militares. Eu não quero ser só um pobre feliz com o ensino médio, eu quero ir para uma faculdade boa, como eles (E46 [21]).

O estudante E_{47}[15] também cobra conteúdo e preparação para o ingresso no Ensino Superior. A conclusão é arrebatadora, carregada de significados e expressiva: "EU QUERO AULA! AULA DE QUALIDADE, DE VERDADE." O discurso, a intensidade e o posicionamento são convincentes.

> É perda de tempo, perda de conteúdo, e mais uma forma de nos colocar atrás dos alunos que estudam em colégio particular. Se eu for pobre quando crescer vai ser culpa do politécnico, pois eu como estudante, preciso de uma base, alicerce, juntamente com a força de vontade, que só depende de mim. Mas não tenho condições de concorrer com um aluno que estuda conteúdo sem parar no ensino privado. Politécnico não cai em ENEM, não cai em VESTIBULAR. EU QUERO AULA! AULA DE QUALIDADE, DE VERDADE (E_{47}[15]).

O estudante E_{48}^{13} reclama da falta de participação dos estudantes nas decisões relativas ao que lhes interessa saber. Em verdade, reivindica também o protagonismo juvenil, apregoado pela proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico.

> Este sistema é algo que foi adicionado ao ensino sem saber a opinião dos jovens estudantes, e isso faz com que aqueles que são os maiores interessados não tenham voz ativa em uma instituição. Estima-se que os jovens querem sim, um futuro, entrar em uma vida acadêmica, mas para isso é necessário que os professores se importem com o que os alunos realmente precisam saber. A vida não se baseia somente em "Seminário Integrado" (E_{48}^{13}).

A contribuição de Sacristán (2000) corrobora a compreensão que se tem dos depoimentos: "Quando os interesses dos alunos não encontram algum reflexo na cultura escolar, se mostram refratários a esta sob múltiplas reações possíveis: recusa, confronto, desmotivação, fuga, etc." (p. 30). Os relatos anteriores expressam o descontentamento dos respondentes porque o Ensino Médio Politécnico não está atendendo aos seus interesses: conteúdos desinteressantes, professores despreparados, falta de diálogo com os estudantes e incompreensão da proposta pedagógica.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico contemplam as expectativas dos estudantes? A resposta a essa questão atende ao quarto objetivo: comparar as expectativas dos estudantes com as medidas propositivas. De maneira sintética, as principais críticas dos respondentes em relação ao Ensino Médio Politécnico, incluindo o Seminário Integrado, são: o Ensino Médio Politécnico não prepara para a continuidade dos estudos porque houve redução da carga horária dos componentes curriculares do núcleo comum, os temas e conteúdos trabalhados não são cobrados nos exames de seleção; o Ensino Médio Politécnico não prepara para o trabalho porque é mal planejado, desorganizado, sem objetivos definidos e não houve capacitação dos gestores e professores; a avaliação emancipatória é prejudicial porque não valoriza os saberes, utiliza conceitos vagos e pareceres descritivos imprecisos, nivela os alunos por baixo e visa apenas melhorar os índices educacionais do Estado; os professores são despreparados porque não houve capacitação adequada e não compreendem a proposta pedagógica; o Seminário Integrado é inútil, inaproveitável e desnecessário porque é desorganizado, sem planejamento, sem infraestrutura e recursos adequados e necessários, não ocorre interdisciplinaridade, não preparando para a continuidade dos estudos nem para o mundo do trabalho. É o Ensino Médio Politécnico na visão dos estudantes.

Em que pese a intenção da proposta pedagógica em valorizar o protagonismo juvenil, constata-se que os espaços escolares disponíveis para a atuação dos estudantes ainda são inexpressivos, restritos. Ainda prepondera, na prática, uma escola cerceadora da autonomia dos sujeitos.

Percebe-se um distanciamento entre a proposta oficial e sua implementação na realidade escolar, entre teoria e prática. As medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico não estão atendendo satisfatoriamente às demandas dos estudantes. Ao que parece, é preciso ouvir mais a voz dos principais sujeitos da educação: estudantes e professores. É preciso analisar suas perspectivas, seus pontos de vista, em busca da articulação consensual dos interesses e das demandas em termos de formação humana. Constatou-se que os estudantes têm consciência da importância do estudo para sua formação, mas reivindicam uma escola diferente da que encontram. Querem uma escola de qualidade, com professores comprometidos, conteúdos relevantes e aprendizagem significativa. E isso aponta para a concepção de educação republicana de direito público subjetivo, já raiando no horizonte educacional brasileiro. O *contorno antropológico* projeta o protagonismo juvenil na *complexidade* educacional vivida em tempos de *fluidez.*

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Jose Clovis; REIS, Jonas Tarcísio (Orgs.). Reestruturação do ensino médio: pressupostos teóricos e desafios da prática. São Paulo: Fundação Santillana, 2013.

BALANDIER, Georges. O contorno: poder e modernidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997a.

_____. A desordem: elogio do movimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997b.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Ed. rev. atual. Lisboa: Edições 70, 2010.

_____. Análise de conteúdo. ed. rev. amp. Lisboa: Edições 70, 2011.
BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. Modernidade líquida. Proj. gráf. 2014. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. Ensaios sobre o conceito de cultura. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

_____. Vigilância líquida: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013a.

_____. A cultura no mundo líquido moderno. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CARRANO, Paulo Cesar Rodrigues. Juventudes: as identidades são múltiplas. In:_____. 168 Movimento: Revista de Educação da UFF, n. 01. Niterói: DP & A Editora, 2000.p. 11-27.

GIBBS, Graham. Análise de dados qualitativos. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 41. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2013.
LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pósestruturalista. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

MORIN, Edgar. A religação dos saberes: o desafio do século XXI. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.

_____. Ciência com consciência. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013a.

_____. Educação e complexidade: os sete saberes. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2013b.

MOURA, Dante Henrique. Algumas possibilidades de organização do ensino médio a partir de uma base unitária: trabalho, ciência, tecnologia e cultua. In: Seminário Nacional: Currículo em Movimento, 1., 2010, Belo Horizonte. Anais eletrônicos... Belo Horizonte: 2010, p. 1-24. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

MUNSBERG, João Alberto Steffen; SILVA, Denise Quaresma da. Estudos culturais, currículo e formação de professores/as: uma articulação pendente. In: Colóquio Internacional "Educação e Contemporaneidade", 8., 2014, São Cristóvão – SE. Anais em cdroom. São Cristóvão: UFSE, 2014a.

PAVAN, Ruth. Currículo, a construção das identidades de gênero e a formação dos professores. Revista Contrapontos, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 102-109, maio/ago. 2013.

RODRIGUES, Talissa Cristini Tavares. O ensino de óptica em física: repensando as ações pedagógicas com enfoque na teoria das inteligências múltiplas. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Educação em Ciências e Matemática) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/6717>. Acesso em: 30 abr. 2015.

SACRISTÁN, J. Gimeno. O currículo: uma reflexão sobre a prática. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.

SEDUC-RS. Secretaria de Estado da Educação do Rio Grande do Sul. Departamento Pedagógico – DP. Proposta Pedagógica para o Ensino Médio Politécnico e Educação Profissional Integrada ao Ensino Médio – 2011-2014. Porto Alegre: Seduc-RS, 2011.

SILVA, Gilberto Ferreira da. Do multiculturalismo à educação intercultural: estudo dos processos identitários de jovens da escola pública na região metropolitana de Porto Alegre. 2001; 385 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

SILVA, Gilberto Ferreira da. Sociedade multicultural: educação, identidade(s) e cultura(s). Educação, Porto Alegre, a. XXVII, n. 2(53), p. 283-302, maio/ago. 2004.

SILVA, Roberto Rafael Dias da. Políticas de constituição do conhecimento escolar para o ensino médio no Rio Grande do Sul: uma analítica de currículo. Educação em Revista, Belo Horizonte, v. 30, n. 01, p. 127-156, mar. 2014. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/

UNILASALLE
CANOAS-RS

COORDENAÇAO PEDAGÓGICA E FORMAÇÃO DOCENTE: UMA RELAÇÃO DE MEDIAÇÃO

Ane Patrícia Viana José de Mira[1]
Maria Luiza Almeida Arruda Serra[2]
Paulo Fossatti[3]

RESUMO: O tema refere-se ao lugar da Coordenação Pedagógica na formação continuada docente em escolas de Educação Básica. Temos por objetivo, portanto, problematizar o lugar que ocupa a mediação da coordenação pedagógica na formação continuada docente. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, de modalidade descritiva de levantamento de dados coletados por meio de questionários aplicados junto a professores da educação básica e seus respectivos coordenadores pedagógicos de duas escolas privadas de educação básica da grande Porto Alegre. A análise dos dados evidencia o papel central da mediação da coordenação pedagógica na motivação dos professores e na instauração e consolidação do processo de formação continuada docente. Concluímos ser necessária a continuidade do estudo, bem como o reconhecimento da mediação como parte do processo de formação inicial e continuada para a formação docente e para a formação em coordenação pedagógica.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Educacional; Coordenação Pedagógica; Formação Continuada Docente.

1 INTRODUÇÃO

Considerando nossa experiência docente em rede privada de ensino, temos observado a necessidade significativa da formação continuada dos professores, inclusive porque "é condição para a aprendizagem permanente e para o desenvolvimento pessoal, cultural e profissional de professores e especialistas" (LIBÂNEO, 2015, p. 187). Também porque, diante do sucateamento da educação pública, percebemos que as novas gerações que estão nas grandes escolas privadas são compostas por várias realidades familiares, de classe social, opções religiosas, vivências e perspectivas. Além disso, é notória a aceleração tecnológica por meio do acesso exaustivo à informação sem restrições. Frente a esse cenário, a escola precisa se qualificar, estar em constante formação e para que essa formação seja proveitosa, a coordenação pedagógica tem um grande desafio: o de levar os educadores a participarem, com motivação e conscientização da importância, dos momentos oportunizados à sua aprendizagem, também no espaço escolar em que atuam. Pois, "propor e coordenar atividades de formação continuada e de desenvolvimento profissional dos professores" é uma das atribuições do coordenador pedagógico, conforme Libâneo (2015, p. 181). Portanto, o problema aqui discutido é a mediação da coordenação pedagógica na formação continuada docente. Logo, temos por objetivo problematizar o lugar que ocupa a mediação da coordenação pedagógica na formação continuada docente.

Para tanto, consideremos que a educação continuada dos professores, incluída na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, LDB) como garantia sua oferta no "local de trabalho ou em instituições de educação básica e superior, incluindo cursos de educação profissional, cursos superiores de graduação plena ou tecnológicos e de pós-graduação" (Parágrafo único do Art. 62-A). Dessa maneira, a formação continuada torna-se não uma opção para a gestão escolar, mas lhe confere *status* de obrigatoriedade. Porém, quando buscamos nas bases nacionais de teses, dissertações e artigos sobre o tema, nos deparamos com a escassez das pesquisas e em sua diluição entre os anos de 1999 e 2011. Além de objetivarem, em sua maioria, descrever como determinadas escolas organizam a formação continuada de seus professores. Portanto, nossa pesquisa abordará a temática a partir de autores que discutem o fazer docente (FREIRE, 2014 e FREIRE&MYLES, 2011), a escola como espaço para o processo contínuo de aprendizagem do professor e sua característica imanente de pesquisador (BECKER e MARQUES, 2012 e PERRENOUD, 2002 e 2005) e a organização da educação continuada como papel da coordenação pedagógica (LIBÂNEO, 2015).

1 Mestranda em Educação; UNILASALLE; ane.mira@lasalle.org.br
2 Mestre em Educação; Dom Bosco; marialuiza@ead.ucdb.br
3 Doutor em Educação; UNILASALLE; paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Optamos pela abordagem qualitativa, de modalidade descritiva de levantamento, com base em referencial teórico sobre o fazer docente, educação como processo contínuo e educação continuada. Foi realizada a coleta de dados, por meio de questionário, junto a professores da educação básica e seus respectivos coordenadores pedagógicos das duas escolas privadas de educação básica selecionadas. Foram analisadas as respostas dos professores e dos coordenadores das duas escolas escolhidas porque as comunidades a que pertencem se diferenciam em alguns aspectos: uma escola com uma média de 90 docentes e 1500 alunos, situada no centro da cidade e a outra com 30 docentes e 600 alunos, estabelecida em um bairro majoritariamente residencial. A partir do estudo dos referenciais teóricos, da realidade de cada escola, da análise das respostas dos participantes na pesquisa é possível que haja sugestões de trabalho a ser desenvolvido junto às comunidades educativas tendo em vista a formação continuada dos seus docentes com viés investigativo. Consideramos, para tanto, os pontos em comum e mesmo a abertura para o diálogo e conscientização da necessidade de formação continuada no espaço mesmo da prática docente.

2 ESCOLA COMO ESPAÇO DE MÚLTIPLAS APRENDIZAGENS

Já é de senso comum que a escola é um espaço para o aprender. Ninguém vai à escola sem esperar que possa evoluir em conhecimento e desenvolver inúmeras habilidades, porém essa ideia parece estar sempre vinculada somente aos alunos, sendo que os maiores interessados na busca pelo saber são, em princípio, os professores. Sendo a escola um "*locus* de formação humana, espaço para o diálogo, de trocas, de vida" (CAMPOS, 2014, p. 73). Expandir a formação dos docentes nesse mesmo ambiente é, no mínimo, uma necessidade óbvia. Mas, são muitos os entraves encontrados para que a formação continuada, no viés da pesquisa, ocorra no âmbito escolar a partir do fomento da equipe diretiva junto à coordenação pedagógica.

Ser professor, antes de mais nada, é ser o profissional que tem como matéria-prima de trabalho o conhecimento. Este não é adquirido somente nos bancos da universidade, mas em todo o cotidiano escolar. Segundo Libâneo, "a formação continuada é condição para a aprendizagem permanente e para o desenvolvimento pessoal, cultural e profissional de professores e especialistas" (2015, p. 187). Essa formação necessita ser disponibilizada no ambiente escolar, espaço mesmo da prática docente. As atividades de formação precisam ser organizadas por quem é o responsável pela qualificação dos docentes dentro da escola, ou seja, o coordenador pedagógico. Sendo ele o especialista encarregado de organizar os momentos de formação a partir de um estudo aprofundado e contínuo da realidade da escola em que desenvolve suas funções. Portanto, "é na escola, no contexto de trabalho, que os professores enfrentam e resolvem problemas, elaboram e modificam procedimentos, criam e recriam estratégias de trabalho e, com isso, vão promovendo mudanças profissionais e pessoais". (LIBÂNEO, 2015, p. 187).

Não cabe aqui listar as atribuições de um coordenador pedagógico, pois nosso objetivo centra-se na compreensão de um problema específico: o lugar da coordenação pedagógica na formação continuada docente. Como nosso trabalho desenvolve-se exclusivamente em escolas da rede privada de ensino, fixaremos o estudo relacionado a esse contexto em específico.

Ninguém pode questionar o fato de que os tempos mudaram, e continuam mudando, em uma velocidade estrondosa. A tecnologia vem forçando mutações não só atitudinais, mas de pensamento nas pessoas e a escola, infelizmente, não tem acompanhado as transformações pelas quais a sociedade tem passado. Fechamo-nos em quatro paredes, isolados em nosso mundo cheio de regras e discursos de autoridade, imbuídos como professores de um espectro sacerdotal em que o ensino é, ainda, a transmissão de saberes e os para quê e porquê ficam dissociados da lista de conteúdos do currículo escolar.

Para atender à demanda educacional, o Ministério de Educação e Cultura (MEC) tem desenvolvido programas e políticas públicas que possam viabilizar maior coerência das demandas da sociedade aos objetivos propostos para a educação. Um exemplo é o *Programa Ensino Médio Inovador*, que tem como justificativa, entre outras, a necessidade da formação para "promover a capacidade de pensar, refletir, compreender e agir sobre as determinações da vida social e produtiva – que articule trabalho, ciência e cultura na perspectiva da emancipação humana, de forma igualitária a todos os cidadãos." (MEC, 2009, p.4). Mas, para que se consiga uma escola articulada com esse objetivo, é necessário que seus professores se mantenham em consonância com as novas tecnologias e produções

científicas, bem como com a produção cultural e produção de trabalho educacional, o que pressupõe formação contínua e preparo dos agentes promotores da educação.

Tornar a escola um espaço para a pesquisa é não só um grande desafio, como também exige do próprio profissional da coordenação um contínuo aprofundamento nas questões que dizem respeito à pesquisa em educação. Exige estar inserido no contexto investigativo. Exige dedicação e tempo para leituras, participação em cursos e palestras, estar familiarizado com o jargão pedagógico e considerar-se capaz de realizar pesquisa educacional dentro do ambiente educacional, antes mesmo de exigir e fomentar esse comportamento nos demais docentes (LIBÂNEO, 2015, p. 188-189). O coordenador pedagógico necessita ver-se a si mesmo como pesquisador, como um professor que dirige professores, e essa não é uma tarefa fácil. Dinamizar os momentos de estudos dos professores requer do especialista pedagógico muito mais tempo do que o que é despendido dentro da escola. Considerando-se que as dinamicidades e singularidades do ambiente escolar precisam ser contempladas nestes estudos adicionais, que enriquecem o fazer pedagógico na medida em que são elaborados a partir das realidades cotidianas do dito ambiente. Neste sentido, é importante que o coordenador pedagógico esteja ciente de que

> Os projetos de formação desenvolvidos fora da escola em cursos, seminários e palestras caracterizam-se por focar os temas da educação de modo amplo, e também têm seu valor e importância, no entanto, a formação na escola consegue considerar aspectos da singularidade de cada unidade educativa, que tem se caracterizado como uma dificuldade pedagógica para aquela comunidade educativa. (DOMINGUES, 2014, p. 67).

Cada centro de educação apresenta peculiaridades quanto aos problemas no processo ensino-aprendizagem, portanto é importante que haja o recrutamento de todos os envolvidos para que busquem soluções coerentes com a unidade educativa em que desenvolvem seu trabalho. Becker e Marques apontam a necessidade de desenvolver nos professores o espírito investigativo, o mesmo que exigem com tanto fervor de seus alunos. Os autores apontam que "na concepção atual de docência, tanto professor quanto aluno deve ser compreendido como sujeito epistêmico; sujeito que constrói conhecimento" (2012, p. 13). É na ação e sobre a ação que o professor reflete sua prática, é no cotidiano escolar que as situações-problemas aparecem e sustentam, como tal, a inspiração para a busca constante de aprimoramento por parte de professores e da própria coordenação pedagógica.

A coordenação pedagógica é a grande mola propulsora de conhecimento dentro da escola. É a partir desse setor que os questionamentos surgem na tentativa de fazer com que o corpo docente atue de forma reflexiva e use dessa reflexão para a formulação de respostas coerentes à proposta educativa da unidade escolar em que atua. Conforme aponta o levantamento feito por Pimenta & Gedhin (orgs, 2002), no livro *Professor reflexivo no Brasil: gênese e crítica de um conceito*, muito já foi pesquisado a respeito desta temática. Ainda na década de 1980, Schön (1987), na obra *Educando o profissional reflexivo*, propõe que a formação docente contemple a reflexão e a valorização da experiência cotidiana para que, assim, o profissional possa criar soluções e estratégias de melhoramento que ultrapassem seu conhecimento prévio. Entretanto, esse processo de reflexão deve ser coletivo, tanto professores quanto coordenação precisam operar juntos na busca por soluções para as dificuldades que surgem no ambiente escolar.

A importância da reflexão no processo de formação continuada centra-se no entendimento de que esse processo vai além de um "pensar sobre". Ser reflexivo é, conforme Pimenta (2002) "um movimento teórico de compreensão do trabalho docente" (p.18) que requer constante investigação. Manter no corpo docente esse espírito investigativo acadêmico e reflexivo demanda do coordenador pedagógico afastar as resistências iniciais para engajar os professores em um movimento que busque as inovações e benefícios no âmbito do conhecimento e da prática no ambiente escolar. Assim, a pesquisa no contexto da formação continuada amplia as ações que qualificam o trabalho docente, o que, como é possível perceber por meio dos questionários, torna-se gradativamente mais natural. O trabalho do coordenador pedagógico também implica em fazer com que os professores se sintam protagonistas das ações voltadas para soluções dos problemas, como afirma Perrenoud: "a escola não é mais uma sentença quando os atores reencontram sentido em suas ações e têm prazer em aprender e em ajudar a aprender." (2005, p. 46). Assim, a escola passa a ser vista, pelos professores, como uma entidade orgânica,

"centrada no sucesso dos alunos, como uma organização que ensina ou, enfim, como uma comunidade de aprendizagem". (PERRENOUD, 2005, p. 46).

Partir do conformismo com o já praticado, já enraizado nas práticas da instituição, e instigar os docentes a novas percepções de sua atuação e resultados exige do coordenador pedagógico postura firme e de liderança, pois trata de mudar paradigmas e desconstruir os saberes já postos. Embora essa não seja tarefa simples, é compensadora quando os resultados começam a aparecer e os projetos a terem sucesso. É importante nesse estágio, o da implantação de um novo sistema de trabalho pedagógico, estar munido de aporte teórico e espaço para diálogos os mais inusitados, pois não são poucos os docentes que se sentem ameaçados diante de desafios que expõem suas debilidades e dificuldades. De acordo com Perrenoud, "ninguém pode pretender ter a solução. Por essa razão, a escola deve favorecer, em seu seio, o desenvolvimento e a divulgação das pesquisas e de ações originais que dizem respeito às dimensões organizacionais, antropológicas e didáticas da aprendizagem [...]." (2005, p. 51). O momento da provocação de ações inovadoras necessita estar calcado em uma prática dialógica entre coordenação e corpo docente, na confiança mútua e respeito aos percalços que provavelmente surgirão diante de uma nova e desafiadora atitude frente ao cotidiano escolar.

Para que a pesquisa seja implantada na escola de forma exitosa, é necessário fomentar a criticidade e a reflexão, considerando-se que o fazer docente se perpetra na perspectiva da construção contínua dos saberes, pois "não há amanhã sem projeto, sem sonho, sem utopia, sem esperança, sem o trabalho de criação e de desenvolvimento de possibilidades que viabilizem a sua concretização" (FREIRE, 2014, p. 77). Para que os envolvidos no processo sejam capazes de analisar suas práticas docentes e de toda a escola de forma objetiva, é preciso superar alguns sentimentos que podem atrapalhar o desenvolvimento pleno das atividades propostas pela coordenação. Ser crítico não significa colocar-se contra, mas analisar de forma utilitária e curiosa a realidade exposta. Dessa curiosidade postula Freire:

> A superação e não a ruptura se dá na medida em que a curiosidade ingênua, sem deixar de ser curiosidade, se criticiza. Ao criticizar-se, tornando-se então, permito-me repetir, curiosidade epistemológica, metodicamente "rigorizando-se" na sua aproximação ao objeto, conota seus achados de maior exatidão. (2004, p. 31).

UNILASALLE CANOAS-RS

A rigorosidade para a pesquisa é de suma importância, portanto a partir do momento em que a escola se abre à oportunidade do estudo metodologicamente organizado, é necessário criar um sistema de registro das ações-reflexões-ações surgidas ao longo dos processos. Como a educação é intrinsecamente processo, esse registro deve ser contínuo. Toda essa perspectiva, de um trabalho voltado à formação continuada, assusta e desacomoda, porém, é a partir dessa desacomodação que se é capaz de perceber, com clareza, em que lugares residem as dificuldades para que a escola alcance êxito em suas práticas de ensino. Aqui nos cabe a função positiva da utopia que, segundo Perrenoud, é a de "hipótese como motor da ação, da reflexão, da pesquisa" (2005, p. 94), tão consonante e complementar à utopia freiriana, "como necessidade fundamental do ser humano" (FREIRE, 2014, p. 77), que gera o sonho, a esperança e a luta para a realização dos projetos em que se acredita.

3 PERCEPÇÃO E OLHARES DE PROFESSORES E COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA SOBRE O COTIDIANO DA ESCOLA

A partir da prática docente e observação da atuação de coordenações pedagógicas nas duas escolas privadas selecionadas, localizadas na região da Grande Porto Alegre, RS, foi possível considerar alguns desafios quanto à formação continuada dos professores. Aliados à observação sistemática, foram realizados questionários semiestruturados com 18 perguntas, aplicados nas duas escolas entre os meses de agosto e outubro de 2015. Tanto docentes quanto coordenadores das duas unidades de ensino foram convidados a responderem a perguntas referentes ao cotidiano escolar no que diz respeito ao trabalho conjunto entre educadores e coordenação pedagógica. Ao elencar as vantagens do uso de questionários em pesquisas sociais, Goldenberg (1997) ressalta, entre outros fatores, a maior facilidade para mensuração dos dados e o maior conforto para responder às questões por parte dos pesquisados em

função da menor pressão por uma resposta imediata. Somada a esses fatores, a escolha pela aplicação do questionário se deu devido ao fato de os mesmos poderem ser respondidos de forma anônima, pressupondo-se maior abertura para as respostas.

O questionário foi dividido em três partes, com perguntas fechadas e abertas, sendo que, na primeira, os participantes completavam dados quanto a gênero, idade, tempo de atuação na escola privada, formação, nível de ensino em que atuam e área (Linguagens, Matemática, Ciências da Natureza e Ciências Humanas). Na segunda parte, as perguntas foram organizadas sobre dois eixos centrais: quanto à coordenação pedagógica e sua atuação junto aos professores e quanto à formação continuada do corpo docente. Para o preenchimento das respostas foram disponibilizadas quatro alternativas: nunca, às vezes, quase sempre e sempre. Já a terceira parte consistia de um espaço para as manifestações escritas quanto a sentimentos e percepções diante dos desafios da educação atual, considerações a respeito do espaço destinado, na escola, à formação continuada, às necessidades encontradas no cotidiano escolar e a outros comentários que pudessem ser considerados relevantes para a pesquisa.

Cabe ressaltar que as duas escolas pesquisadas, apesar de serem privadas e atuarem na mesma cidade, têm perfis bastante distintos quanto ao público, números de alunos e docentes, espaços que ocupam junto às suas comunidades educativas, objetivos sociais, entre outros. As escolas em questão são aqui nomeadas como Escola A e Escola B.

A Escola A está situada em um bairro de periferia em relação ao centro da cidade. Tem em torno de 600 alunos matriculados nos três níveis de ensino: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. O trabalho docente é coordenado por uma profissional que atua como supervisora educativa geral da unidade e coordenadora pedagógica dos ensinos fundamental II e médio, sendo que para a educação infantil e séries iniciais há outra coordenadora pedagógica. Os alunos perfazem um grupo bastante heterogêneo quanto à classe social, entre bolsistas e pagantes. Já o corpo docente, por tratar-se de uma escola de médio porte, é bastante enxuto, tendo vários profissionais atuando em mais de um nível de ensino. Do total de professores que atuam no Ensino Fundamental II e Ensino Médio, 7 trabalham nos dois níveis, enquanto 8 se dedicam apenas ou ao Fundamental ou ao Médio. O grupo de professores também é de maioria feminina, sendo apenas um professor de gênero masculino. Também é importante observar que a maioria, 6 dos 7 docentes que responderam à pesquisa, tem mais de 10 anos de atuação na rede privada e apenas 1 não é pós-graduado.

A Escola A está passando por um processo de ampliação estrutural e de qualidade do ensino oferecido, o que tem levado tanto a equipe diretiva quanto pedagógica a oferecer maior número de horas em formação continuada dentro da própria unidade. Esse trabalho vem sendo realizado por meio de palestras, oficinas, encontros mensais e abertura a projetos educativos por parte dos professores.

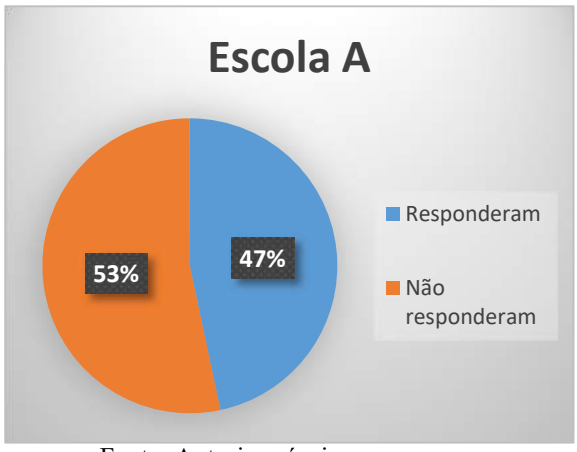
Já a Escola B está situada no centro da cidade e tem, em média, 1500 alunos, sendo que a maioria deles pertence à classe média-alta e alta não só da cidade bem como de cidades vizinhas. As atividades de coordenação pedagógica são exercidas por três profissionais de acordo com os níveis de ensino oferecidos (Educação Infantil até o quarto ano do Ensino Fundamental, quinto ao nono ano do Ensino Fundamental e Ensino Médio) e mais uma coordenadora específica para o turno integral. A supervisão educativa é desempenhada pela diretora da unidade.

A Escola B tem consolidada aceitação e participação na comunidade educativa, é considerada de alto padrão de ensino, realiza reuniões periódicas mensais, oficinas interdisciplinares e por área de ensino, bem como assessoria externa tanto pedagógica quanto de organização de grupo. Considerando o Ensino Fundamental II e o Ensino Médio, é importante ressaltar que dos 29 professores convidados a participarem da pesquisa, somente 5 efetivamente o fizeram. Foi possível observar que somente 1 tem mais de 10 anos de atuação na rede privada, 3 são pós-graduados e quanto ao gênero tivemos a participação de 2 homens e de 3 mulheres. O total de professores atuantes nos dois níveis de ensino pesquisados é de 29, sendo que apenas 8 atuam nos dois níveis e 21 se dedicam somente ou ao Ensino Fundamental II ou ao Ensino Médio.

UNILASALLE RS CANOAS-RS

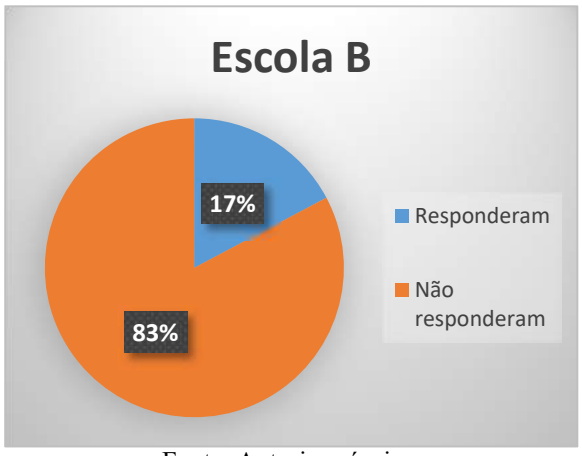
O primeiro dado que nos chamou a atenção foi o grau de participação dos professores na pesquisa. Conforme é possível perceber pelos gráficos que seguem, houve uma discrepância entre os índices de participação entre a escola A e a B. A própria mobilização e participação desses profissionais é um reflexo de que a pesquisa dentro do espaço escolar não é recebida com motivação pelos docentes.

Gráfico 1: Participação dos docentes na pesquisa, Escola A



Fonte: Autoria própria

Gráfico 2: Participação dos docentes na pesquisa, Escola B

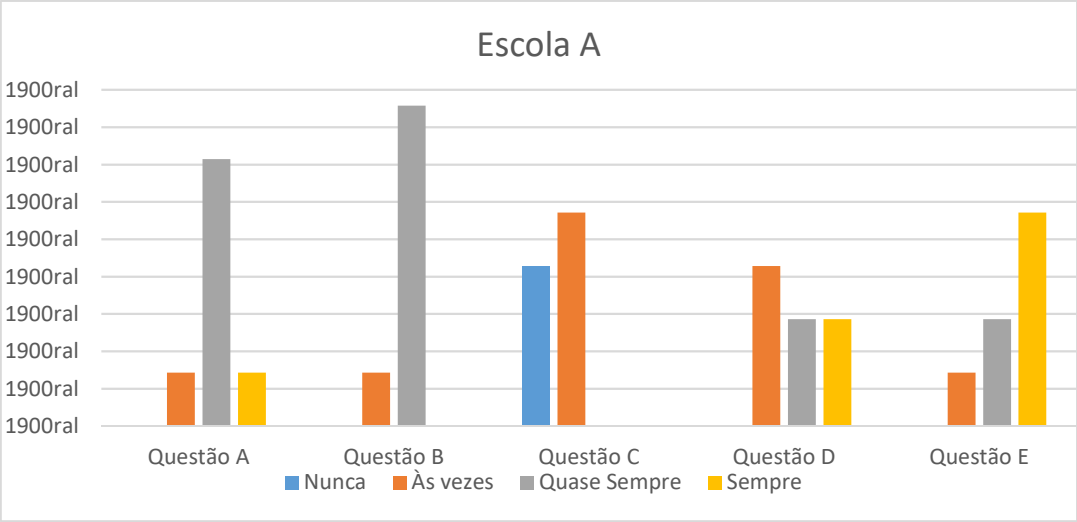


Fonte: Autoria própria

A escolha das questões deu-se em função da necessidade de compreendermos a percepção que os professores têm da formação continuada dentro do espaço escolar, como entendem a atuação da coordenação pedagógica junto à prática docente cotidiana e o grau de interesse em participar dos momentos de formação oportunizados pela escola. No questionário utilizado junto aos coordenadores, buscamos analisar o engajamento diante da necessidade da formação continuada dos professores dentro do espaço escolar e como estes organizavam esses momentos. Quanto à primeira parte do questionário, temos as seguintes perguntas: A) As reuniões pedagógicas são por nível de ensino? B) Os temas tratados nas reuniões são exclusivamente relativos ao processo ensino-aprendizagem? C) A Coordenação Pedagógica assiste às aulas a fim de observar e pontuar questões relevantes à prática dos docentes? D) A Coordenação Pedagógica acompanha o desenvolvimento do Plano de Trabalho por meio de conversas, feedbacks, questionários ou outro meio? E) O acesso à Coordenação Pedagógica para tratar de assuntos inerentes à prática docente é facilitado?

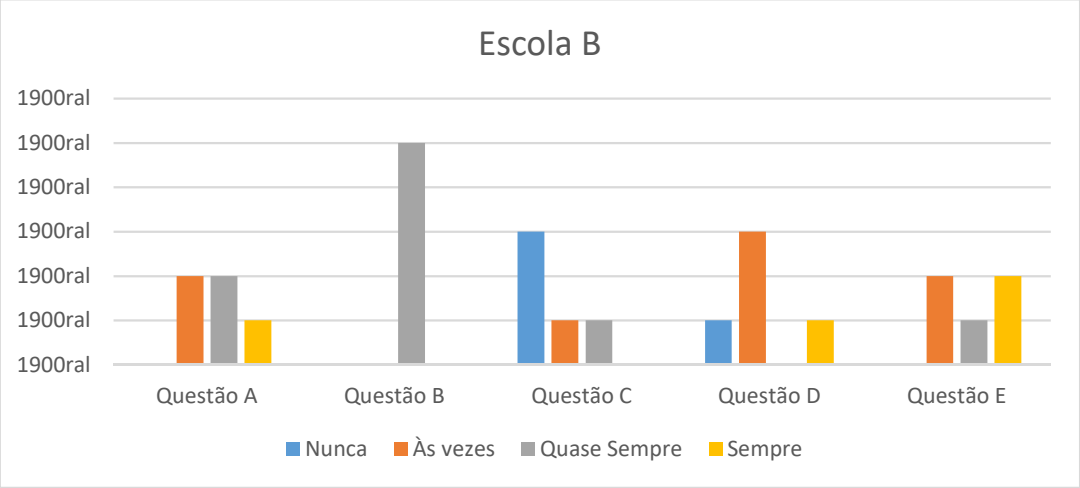
Para as quais foram obtidas as seguintes respostas:

Gráfico 3: Respostas dadas à unidade 2.1 do questionário de pesquisa, pela Escola A



Fonte: Autoria própria

Gráfico 4: Respostas dadas à unidade 2.1 do questionário de pesquisa, pela Escola B



Fonte: Autoria própria

Considerando os gráficos apresentados, é possível observar que ambas as instituições, mesmo com distintos perfis e históricos, têm coordenações pedagógicas próximas dos docentes, sendo que o maior problema apontado é o que diz respeito à prática da coordenação de assistir às aulas a fim de

> Prestar assistência pedagógico-didática direta aos professores, acompanhar e supervisionar suas atividades tais como: desenvolvimento dos planos de ensino, adequação de conteúdos, desenvolvimento de competências metodológicas, práticas avaliativas, gestão da classe, orientação da aprendizagem, diagnóstico de dificuldades etc. (LIBÂNEO, 2015).

Muitos são os empecilhos para que essa, entre as várias atribuições do coordenador pedagógico, possa ser cumprida. Como também os coordenadores foram convidados a participar da pesquisa e todos o fizeram, é importante destacar que todos mencionaram a alta demanda burocrática, como revisão de instrumentos de avaliação, planos de trabalho, bem como leitura e envio de e-mails, como empecilho para melhor atendimento aos docentes. Estes, por sua vez, se sentem “abandonados”, “deslocados”, segundo suas palavras.

Há pontos positivos a serem considerados nos resultados apresentados, como os docentes perceberem temas exclusivamente pedagógicos como centrais nas reuniões com as coordenações, o que é bastante significativo. Para que o trabalho na escola avance e alcance sucesso é necessário que todos estejam envolvidos pelas ideias apresentadas pela coordenação, pois assim "a ideia faz sentido. E faz sentido porque está relacionada ao processo e ao pensamento que elas estão desenvolvendo" (FREIRE&HORTON, 2011, p. 151), tomando o termo "elas" como as pessoas, os docentes agentes do fazer pedagógico na escola. O dia a dia escolar demanda a reflexão dos profissionais sobre sua prática para que, por meio da reflexão sobre a ação, a mudança necessária possa ser efetivada. Como afirma Perrenoud "tomamos nossa própria ação como objeto de reflexão, seja para compará-la com um modelo prescritivo, o que poderíamos ou deveríamos ter feito, o que o outro profissional teria feito, seja para explicá-la ou criticá-la" (2002, p. 31). Por essa razão, os momentos de formação visando à tratativa de temas que sejam relevantes ao cotidiano escolar necessitam ser ofertados periodicamente, a fim de oportunizar espaços para o diálogo, a troca de experiências e a busca pela solução de conflitos.

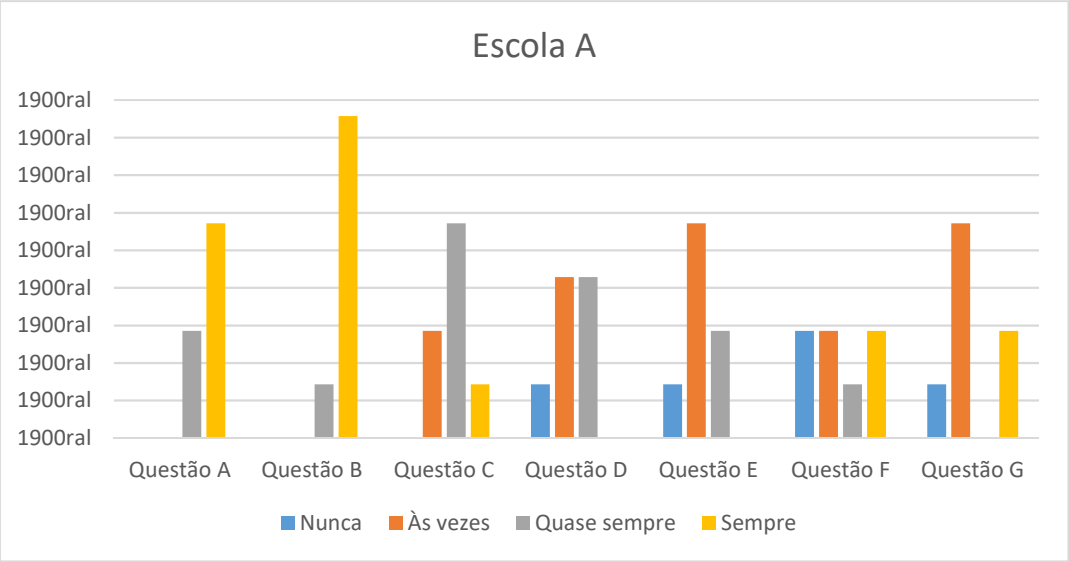
A partir do já exposto, consideramos importante observar, também, a acessibilidade da coordenação pedagógica em receber os professores para tratar de assuntos inerentes à prática docente, pois os agentes diretos da educação são os docentes. Se a coordenação não consegue ir até as salas de aula em aproximação aos professores, é ponto positivo que os receba para discutirem e buscarem soluções para os problemas e dúvidas advindas das inúmeras situações que surgem no cotidiano escolar. Assim, atende-se ao exposto por Libâneo de que uma das atribuições do coordenador pedagógico é o de "prestar assistência pedagógico-didática direta aos professores, através de observação de aulas, entrevistas, reuniões de trabalho e outros meios [...]" (2015, p. 182).

Quanto às demais perguntas do questionário, seguiram-se as relativas à formação continuada dos professores: A) Há preocupação da Coordenação Pedagógica com a atualização constante do corpo docente? B) São oferecidos momentos de formação por meio de palestras, workshops, oficinas ou outros meios? C) As atividades visando à formação continuada do corpo docente, organizadas pela Coordenação Pedagógica, têm se mostrado relevantes para o cotidiano em sala de aula? D) O corpo docente é questionado, pela Coordenação Pedagógica, quanto ao que considera mais relevante a ser abordado em uma atividade de formação continuada? E) Após o término das atividades de formação, sejam elas palestras, minicursos, painéis, congressos etc., a Coordenação Pedagógica dispõe de tempo para que os professores retomem as temáticas trabalhadas, contextualizando-as à realidade da escola? F) Há carga horária mínima obrigatória exigida para a formação continuada do corpo docente em sua escola? G) O tempo disponibilizado para que ocorram os momentos de formação são suficientes para a demanda da escola?

Para essas perguntas, obtivemos as respostas de acordo com os seguintes gráficos:

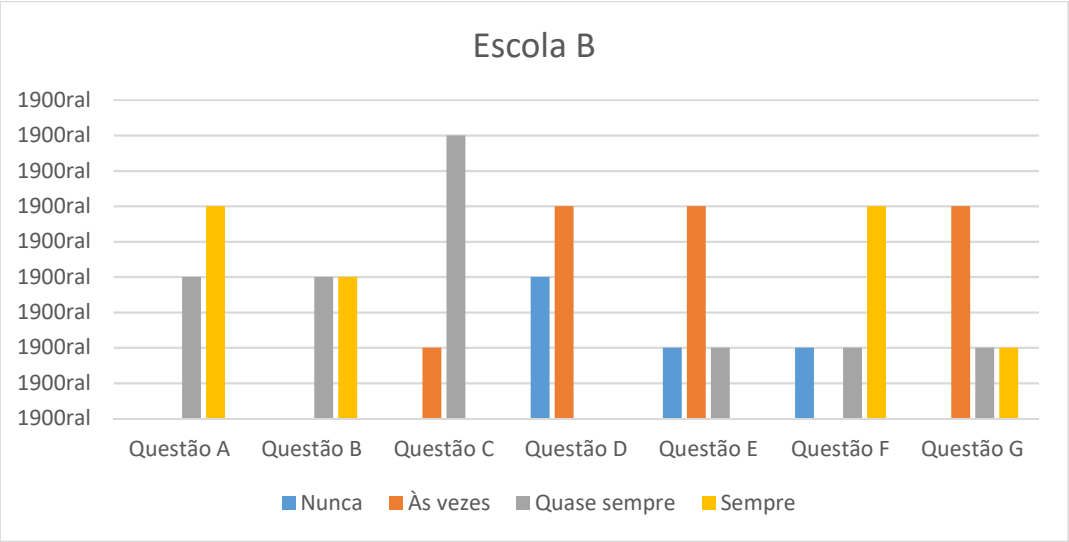
UNILASALLE CANOAS-RS

Gráfico 5: Respostas dadas à unidade 2.2 do questionário de pesquisa, pela Escola A



Fonte: Autoria própria

Gráfico VI: Respostas das à unidade 2.2 do questionário de pesquisa, pela escola B



Fonte: Autoria própria

Mesmo em se tratando da formação continuada dos professores, os resultados mantêm um nível alto de coerência em todos os itens apesar de, como mencionado anteriormente, as duas unidades passarem por momentos distintos quanto à busca e manutenção da qualidade de ensino ofertado. Interessante observar que ambos os grupos de professores estão cientes quanto à preocupação que a coordenação pedagógica tem sobre a necessidade de atualização do corpo docente. Também sobre as escolas terem mantido a oferta de momentos específicos para as formações, corroborando o pensamento de Freire de que é necessário que haja encontros de formação pois "são encontros fundamentais, que nos ajudam a continuar confrontando os obstáculos." (2014, p. 212). Apesar de essa consciência ser grande entre os docentes, os gráficos apresentam um dado que não deve ser ignorado: nem sempre esses momentos são relevantes para a prática em sala de aula, no cotidiano escolar. O que pontua a necessidade de atuação da coordenação pedagógica junto aos docentes no que tange às necessidades destes

Nas duas escolas, foi possível notar que os temas tratados em momentos de formação específicos não são retomados posteriormente, o que está atrelado, novamente, à alta demanda de atividades da coordenação pedagógica. Esta se vê enredada nos desafios e temas que devem ser tratados, bem como

no fato de que os docentes acabam por imergir novamente em seus afazeres cotidianos. Entretanto, observando que "um conhecimento nunca inicia do zero e nunca é levado a termo de forma definitiva" (BECKER, 2012, p. 13), faz-se mister a retomada dos assuntos abordados em momentos de formação, pois só assim haverá a reflexão para a ação posterior.

Retomando Perrenoud:

> A reflexão é, na maior parte das vezes, retrospectiva quando é subsequente a uma atividade ou a uma interação, ou a um momento de calmaria. Sua função principal é ajudar a fazer um balanço, a compreender o que deu certo e a preparar o profissional caso a ação se repita. (2002, p. 37).

Portanto, essa falta de tempo para reflexão de temas importantes e que utilizaram tempo para serem apresentados em simpósios, congressos, palestras, encerra processos de construção coletiva que poderiam ser relevantes para a prática dos professores. Esses momentos contribuiriam para a exposição de diferentes percepções advindas de diferentes realidades da prática docente. Como se pode observar, o corpo de professores admite a necessidade desse período de acomodação dos conhecimentos adquiridos e troca significativa entre seus pares, o que não poderia deixar de ocorrer, porque "o professor que não reduziu sua função às realizações de uma máquina de ensinar ou aos procedimentos burocratizados de um "ensinador", constrói e, sobretudo, reconstrói conhecimentos". (BECKER, 2012, p. 13).

As últimas duas questões dizem respeito ao tempo, tanto o disponibilizado para as formações quanto ao de exigência para essas atualizações necessárias. Embora difiram no quesito exigência de carga horária mínima de formação continuada, ambas as unidades de ensino mantêm planos de formação. Ambas exigem que seus colaboradores atualizem as informações quanto a participações em atividades de formação docente, sejam essas atividades oferecidas pela própria instituição ou frequentadas por atitude pessoal do educador. Essa prática também é importante para avaliar o grau de engajamento do professor, porque a formação continuada

> [...] se faz por meio do estudo, da reflexão, da discussão e da confrontação das experiências dos professores. É responsabilidade da instituição, mas também do próprio professor, porque o compromisso com a profissão requer que ele tome para si a responsabilidade com a própria formação. (LIBÂNEO, 2015, p. 188).

Por essa razão, se fez necessário questionar os professores, também, quanto ao seu envolvimento nos momentos de formação. Refletir sobre o que move o fazer docente implica em estar atento ao próprio papel como professor, como o profissional que congrega em suas atribuições não o ensinar como fim único de seu trabalho, mas a aprendizagem de seus alunos. Freire postula sobre o ensinar a aprender quando o próprio professor, por ele denominado educador (2014, p. 73), está engajado no "ato de conhecer, ao mesmo tempo que cria e recria objetos, forma os estudantes que estão conhecendo" (2014, p. 73). Esse engajamento necessário à prática docente com excelência é necessário para que o ensino alcance a eficiência desejada.

Na busca pela realização de uma pesquisa equitativa, as coordenações das duas escolas também foram convidadas a responderem ao questionário, com pequenas alterações nas perguntas formuladas. Assim, poderíamos obter o outro lado, digamos, da situação. O que se observa é uma incoerência entre a vontade da coordenação de que o corpo docente se qualifique com motivação e as necessidades sentidas pelos professores a partir de sua prática cotidiana. Todas as coordenações apontaram o total envolvimento no aperfeiçoamento de seus docentes, inclusive balizando avanços das unidades de ensino no que diz respeito ao investimento financeiro e processos de estudos. Porém, há discrepância no que as coordenações pedagógicas consideram como relevantes para a prática docente cotidiana e o que os professores apontam como realmente necessário de ser estudado.

Consideremos algumas das "falas" das coordenações quanto às preocupações diante da educação continuada dos professores. As três coordenadoras, das duas unidades de ensino, avaliam que os temas que propõem para os momentos de formação são relevantes para a prática de seus professores. A coordenadora pedagógica da Escola A, em resposta a uma das questões abertas, afirma que "o educador precisa reinventar a maneira de ensinar, dar-se conta que trabalhar com educação requer a compreensão de como o aluno aprende e que o foco está na aprendizagem dos alunos". Contudo, para

que o professor seja o "sujeito epistêmico, sujeito que constrói conhecimento" (BECKER, 2012, p. 130), capaz de se reformular enquanto profissional, não basta dizer-lhe o que fazer, mas permitir-lhe a ação-reflexão-ação sobre sua própria prática, atendendo a uma "nova concepção de formação – do professor como intelectual crítico, como profissional reflexivo e pesquisador e elaborador de conhecimentos [...]" (LIBÂNEO, 2015, p. 71).

Uma das coordenadoras pedagógicas da Escola B retoma o que já encontramos em Libâneo quanto à necessidade de os professores buscarem, por si mesmos, a atualização docente (2015). Assim, ela afirma: "Penso que o caminho para a qualidade do ensino e aprendizagem realmente seja o investimento permanente em formação pelas escolas/ gestores, mas também por buscas dos profissionais, além do que é oferecido pelo colégio.". Embora essa busca individual do profissional da educação seja importante, precisa-se estar atento, ainda citando Libâneo, ao fato de que é "a organização escolar local de aprendizagem: as pessoas podem mudar aprendendo com a organização e a organização também pode mudar aprendendo com as pessoas" (2015, p. 191). É no espaço escolar que as interações ocorrem e as ações necessárias àquele ambiente em específico podem ser refletidas, discutidas e melhoradas. Fazendo parte da construção dos conhecimentos pedagógicos para a eficácia da instituição, os professores desenvolvem estratégias a partir de um olhar de dentro do processo, de quem faz parte do que chama Horton de "experimento" (FREIRE e HORTON, 2011, 152).

O que se pode notar nas manifestações da coordenação pedagógica é a conscientização de que a formação continuada é necessária para que se obtenha uma educação de qualidade, com profissionais motivados ao ensino. Assim, temos a fala de outra coordenadora pedagógica da Escola B: "Penso que este tempo para estudo, reflexão e planejamento da coordenação com os professores é muito importante para a qualidade dos processos pedagógicos.". Ou seja, há consciência quanto à importância da formação, da prática reflexiva da coordenação em conjunto com os professores, inclusive porque a formação continuada "poderia se orientar claramente para uma prática reflexiva em vez de limitar-se a ser uma atualização dos saberes disciplinares, didáticos ou tecnológicos". (PERRENOUD, 2002, p. 45). Todavia, há discrepância nas informações oferecidas pelos educadores e suas coordenações quanto à relevância dos temas tratados nas formações. Todas as coordenações apontam 100% de aplicabilidade dos temas explorados, bem como 75% de oferta de tempo para que os professores possam trocar impressões e relacionar os temas abordados à sala de aula. Já os professores mencionam que não há esse tempo, muito menos sentido pragmático nos temas desenvolvidos nas formações. De acordo com uma das coordenadoras participantes da pesquisa "[...] falta tempo, espaço e investimento financeiro nestas questões." (coordenadora da Escola B). O fato de a coordenação pedagógica não atender às necessidades reais dos professores acaba por, de acordo com Silva

> engessar o pensamento [...] impedir a atividade do sujeito em benefício da repetição, atribuindo-lhe uma visão estagnada do que é certo ou errado; é a imposição do modelo estanque a ser seguido, do qual qualquer alteração ou desvio é percebido como erro a ser corrigido. (in BECKER, 2012, p. 65).

Já observamos que a necessidade de formação continuada dos professores é real, não só pela legislação vigente sobre a educação no Brasil, como também pela dinâmica do cotidiano escolar. Segundo Freire (2014, p. 211) "nenhuma realidade é porque tem que ser. A realidade pode e deve ser mutável, deve ser transformável". Contudo, a necessidade da mudança carece de ser considerada a partir daqueles que a sentem, no cotidiano escolar. Para citarmos Freire, mais uma vez, "na intimidade do sistema escolar" (2011, p. 194) que é, muitas vezes "tão burocratizada que às vezes nos desesperamos [...], começamos a não acreditar mais" (FREIRE, 2011, p. 194). Essa desesperança na educação - nos alcances positivos para a sociedade e para os alunos como sujeitos do processo de ensino-aprendizagem - pode ser inviabilizada pela participação efetiva, eficaz e engajada dos professores em sua própria educação continuada. Para que o professor seja pesquisador, precisa, por meio de uma coordenação pedagógica atenta à escuta e ao diálogo, ser instigado ao estudo, à formação continuada a fim de efetivar a mudança necessária. Sendo que, como afirma Perrenoud,

> Essa mudança das práticas não pode ser feita a partir de conhecimentos e de procedimentos existentes, não pode ser decidida e garantida por decreto. Só se realiza ao preço de uma verdadeira experimentação, de novas descobertas, de múltiplos

> ajustes dos modos de pensar nas organizações e nas comunidades escolares. (2005, p. 112).

Torna-se necessário que a coordenação pedagógica esteja articulada com o grupo de professores de modo a oportunizar momentos de formação continuada que sejam significativos, motivadores do fazer docente, formativos enquanto espaço para diálogos entre seus pares e troca de experiências e percepções sobre o cotidiano escolar. O engajamento e compromisso do professor para realizar as mudanças necessárias advém, considerando Libâneo, de uma implicação com a instituição e sua organização. Observando que "organização escolar, portanto, é toda ela uma prática educativa" (2015, p. 191. Depende dela, também, o aprimoramento e efetivação de ações transformadoras dos professores, pois "a escola não mudará a não ser que as pessoas que fazem parte dela aprendam a mudar, envolvendo-se nas transformações". (PERRENOUD, 2005, p. 112).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta pesquisa buscamos problematizar o fazer docente, a escola como espaço para o processo contínuo de aprendizagem do professor, sua característica imanente de pesquisador e a organização da educação continuada como papel da coordenação pedagógica, a partir dos pressupostos teóricos de Freire, Perrenoud, Libâneo e Becker & Marques. Esses autores nos permitiram questionar o lugar que a mediação da coordenação pedagógica ocupa na formação continuada docente. Como resultados, importantes eixos de análise emergiram, tais como: os avanços tecnológicos e o impacto geracional e cultural existentes na escola; a participação nesta pesquisa e o consequente interesse de alguns professores em refletir a respeito de suas práticas e da educação continuada; as relações entre expectativa e realidade do papel da coordenação na discussão das práticas docentes; e a articulação entre coordenação pedagógica e professores a fim de alcançarem os mesmos objetivos.

Apesar das limitações desta pesquisa, cuja amostra é composta por profissionais de duas escolas privadas da região sul do país, e que, portanto, não representa a realidade da educação brasileira como um todo, acreditamos que os resultados observados possam auxiliar na ampliação do debate acerca da temática aqui apresentada. Os eixos de discussão que surgiram a partir das análises extrapolam os territórios escolares estudados e suas especificidades, podendo contribuir para diferentes contextos escolares. Cientes disso, acreditamos nas potencialidades deste trabalho enquanto instrumento de diálogo entre coordenadores, professores e pesquisadores engajados com a temática da formação continuada.

Já observamos anteriormente que o ser educador pressupõe ser pesquisador, pois é tarefa inerente à prática do ensinar, do educar. Não há como um profissional da educação ser competente sem buscar o aprimoramento necessário para estar constantemente atualizado tanto em sua própria área de atuação quanto às novas modalidades de ensino, de metodologias e tecnologias da educação. O que é possível vislumbrar por meio da pesquisa realizada é que há tanto por parte dos educadores quanto das coordenações pedagógicas uma preocupação permanente com a formação continuada, seja pela oferta das escolas ou da busca pessoal de cada profissional.

Portanto, o lugar que ocupa a mediação da coordenação pedagógica na formação continuada docente, é de diálogo e de flexibilização. A partir da análise dos questionários aplicados junto aos professores e coordenadores pedagógicos das duas escolas privadas de educação básica selecionadas, foi possível concluir que existe por parte de ambos a consciência quanto a importância da formação continuada; entretanto, ainda é necessário que essa consciência se transforme em ação – o que ocorre por meio da articulação e diálogo entre coordenação pedagógica e professores. A noção de distanciamento entre coordenação e professor, entre projeto e prática docente, percebida nas respostas é um dos indícios da ausência de diálogo e, portanto, de mediação pedagógica.

Afirmamos isso, porque tanto professores quanto suas coordenações se sentem desafiados pela atual demanda da sociedade no que se refere ao preparo dos educandos. Seja para a inserção na sociedade, para o mercado de trabalho, para a continuidade da vida acadêmica ou para a atuação da cidadania, constamos que esses profissionais muitas vezes sentem-se distanciados uns dos outros e realizam buscas solitárias para a resolução de problemas comuns a todos que se dedicam à educação. Assim, coordenações e educadores perfazem caminhos diferentes para o mesmo objetivo que é a qualidade do ensino ofertado. Muitas vezes, a coordenação vê seu trabalho muito mais atrelado às questões burocráticas do que envolvido eficazmente com a prática pedagógica que é seu grande alvo e fio condutor. A concordância de que praticamente não há presença das coordenações nas salas de aula observando e auxiliando os professores corrobora essa afirmação.

Outro fator importante a ser comentado é a pequena adesão dos professores ao projeto de pesquisa a que foram convidados a participar. Embora cientes de tratar-se de estudo sobre a educação continuada e as diversas formas de a escola fomentar a pesquisa docente dentro do espaço escolar, muitos educadores alegaram falta de tempo para responderem ao questionário, bem como terem esquecido do mesmo, apesar de o prazo ser estendido para sua entrega.

Portanto, é possível observar que, apesar da busca pelo aperfeiçoamento pedagógico, a coordenação necessita desempenhar seu papel como mediadora entre o corpo docente e a formação continuada significativa. Assim, é importante que ambos atores da educação alinhem suas perspectivas, objetivando a construção de uma escola aberta para a pesquisa e a formação continuada permanente que faça sentido para cada unidade de ensino. O desafio da coordenação pedagógica reside na mediação entre o "ter que" e o "motivar-se à" formação continuada de seus professores para a busca constante do conhecimento. O tempo destinado para a formação não deve ser visto como mais uma atividade obrigatória e distante da realidade. Esses momentos são oportunidades de crescimento conjunto em que todos colaboram como protagonistas na pesquisa, porque a escola é o espaço próprio ao aprendizado de todos os seus agentes.

UNILASALLE
CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

BECKER, Fernando. MARQUES, Tania B. I. (orgs.). Ser professor é ser pesquisador. 3. ed. Porto Alegre: Mediação, 2012.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 07-04-2016.

CAMPOS, Casemiro de Medeiros. Gestão escolar e docência. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

DOMINGUES, Isaneide. O coordenador pedagógico e a formação contínua do docente na escola. São Paulo: Cortez, 2014.

FREIRE, Paulo. HORTON, Myles. O caminho se faz caminhando: conversas sobre educação e mudança social. 6ª. ed. Petrópolis (RJ): Vozes. 2011.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2004.

_____. Pedagogia dos sonhos possíveis. São Paulo: Paz e Terra. 2014.

GOLDBERG, Miriam. A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LIBÂNEO, José Carlos. Organização e Gestão da Escola: teoria e prática. 6ª. ed. São Paulo: Heccus Editora, 2015.

MEC. Ensino Médio Inovador: documento orientador 2013. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13249-doc-orientador-proemi2013-novo-pdf&category_slug=junho-2013-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07-04-2016.

PERRENOUD, Philippe. A prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica. Porto Alegre: Artmed, 2002.

PERRENOUD, Philippe. (et al). Escola de A a Z: 26 maneiras de repensar a educação. Porto Alegre: Artmed. 2005.

PIMENTA, Selma G.; GHEDIN, Evandro (orgs). Professor reflexivo no Brasil: gênese e crítica de um conceito. 4ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHÖN, D. A. Educando o profissional reflexivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.

SILVA, João Alberto da. O professor pesquisador e a liberdade do pensamento. In: BECKER, Fernando. MARQUES, Tânia B. I. (orgs.). Ser professor é ser pesquisador. 3. ed. Porto Alegre: Mediação, 2012. Cap. 6. p. 63-73.

UNILASALLE
CANOAS-RS

UM ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO ACADÊMICA EM TOMADA DE DECISÃO - UMA META-ANÁLISE COMPARANDO AS ÁREAS DA ECONOMIA E DA PSICOLOGIA.

Eduardo Bugallo de Araujo[1]
Paulo Fossatti[2]

RESUMO: O contexto empresarial reserva aos gestores a exigência de decisões com prazos e recursos mais escassos, contrapondo a uma maior complexidade das variáveis ambientais que orientam este processo. Neste sentido, os estudos da área econômica e psicológica têm gerado esforços no sentido de compreender o processo de tomada de decisão, bem como, melhorar a efetividade das escolhas dos tomadores. Buscou-se apurar, através de uma meta-análise, as informações relacionadas à publicação de artigos na plataforma ISI Web of Science Knowledge, para a palavra "*decisionmaking*" (tomada de decisão). Também, através da mesma busca, se apurou os métodos empregados nos vinte artigos mais citados nas áreas de pesquisa: "Economia e Negócios" e "Psicologia". Os resultados apontaram diferenças significativas entre os métodos de pesquisa em economia e psicologia. Outra diferença percebida está na quantidade de artigos publicados. Existe um volume de produção maior de artigos na área econômica, no entanto, um maior crescimento é percebido na área psicológica.

PALAVRAS-CHAVE: produção acadêmica em tomada de decisão; economia; psicologia.

1 INTRODUÇÃO

Diariamente somos convidados a tomar decisões, desde as mais simples, até mesmo as mais complexas. No contexto empresarial não é diferente, e em todos os níveis das organizações.

No contexto das organizações, essas decisões consomem grande parte dos esforços dos gestores, e quanto mais qualificado for esse processo, mais assertivo e rápido será o resultado. A natureza do papel de gerenciar, faz com que os administradores dediquem grande parte do tempo ao processo decisório (MINTZBERG, 1973).

Para Simon (1979, p. 1) "[...] uma teoria geral de administração deve incluir tanto princípios de organização, que asseguram decisões corretas, como princípios que asseguram uma ação efetiva", por esse pensamento, pode-se dimensionar, dentro da estrutura de gestão a importância da assertividade da decisão em todos os níveis.

No entanto, os trabalhos que tratam desse processo estão dispersos em várias teorias, respaldadas, basicamente, por estudos econômicos e psicológicos.

A organização do presente artigo se dará da seguinte forma: a) O Referencial Teórico trará a evolução dos estudos em Tomada de Decisão, bem como, citações dos principais autores do tema. b) Em seguida, será apresentado o método norteador da coleta e tratamento dos dados da pesquisa. c) A partir do método empregado, os dados serão apresentados e analisados, à luz das teorias econômicas e psicológicas. d) Por fim, as principais reflexões sobre o estudo, bem como a sugestão para estudos futuros.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

2.2 Referencial Teórico

1 Mestre em Contabilidade e Controladoria; Unilasalle Canoas, eduardo.araujo@unilasalle.edu.br
2 Doutor em Educação; Unilasalle Canoas, paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Com vistas a compreender o processo de tomada de decisão, muitos estudos foram propostos. Estudos estes que iniciaram no início do século passado

2.2.1 Evolução nos Estudos sobre Tomada de Decisão nas Organizações

O primeiro estudo que se dedicou a descrever o processo de tomada de decisão nas organizações foi o proposto por Taylor (1978).O autor defende que o processo de tomada de decisão nas empresas seria absolutamente racional. O decisor sempre utiliza a racionalidade total em seus processos decisórios, onde todas as informações necessárias para tomada de decisão, bem como todo o conhecimento estariam disponível para escolha da melhor alternativa. Nesse modelo, *onebestway,* somente uma alternativa era considerada ótima.

Segundo Laudon e Laudon (2011), tal modelo racional de decisão tem por base o empenho pessoal dos tomadores em construir o conhecimento necessário para a decisão ótima. Desta forma, o tomador tem por finalidade identificar o objetivo, elencar as ações possíveis que possam contribuir para alcançar o objetivo e escolhe a que mais contribui.

A fragilidade dessa proposta, segundo March e Simon (1975), é evidenciada nos pressupostos de que o modelo requer um mecanismo de escolha, onde todas as alternativas são listadas, as consequências destas escolhas são conhecidas e classificadas de acordo com sua utilidade. Ainda sim, não são contempladas as possíveis pressões sociais e organizacionais do ambiente (MOTTA; VASCONCELOS, 2002).

Contrapondo essa visão, Simon (1979), em Administrative Behavior (1945) e Organizations (1958, em co-autoria com J. March), apresenta a Teoria da Racionalidade Limita, que pressupõe que o decisor não possui todas as informações, assim como também não haveria condições de processá-las, devido principalmente às limitações de tempo e recursos. Por este modelo, a decisão "ótima" seria a mais aceitável, dadas as condições disponíveis para decidir.

A capacidade humana de absorver informações e tomar decisões é limitada, que, na visão Weick (1973, p. 9):

> os indivíduos têm limites perceptivos assim como de processamento de informação, e embora possam pretender agir racionalmente, só podem fazê-lo de maneira limitada. Esta consiste em ações a partir de conhecimento suficiente e não a partir de conhecimento completo (o conceito de satisfatório), a partir do uso de regras simples, e não trabalhosas, para procurar uma solução no momento em que o problema surge.

Ainda sobre essa percepção, Simon (1979, p. 84): destaca que

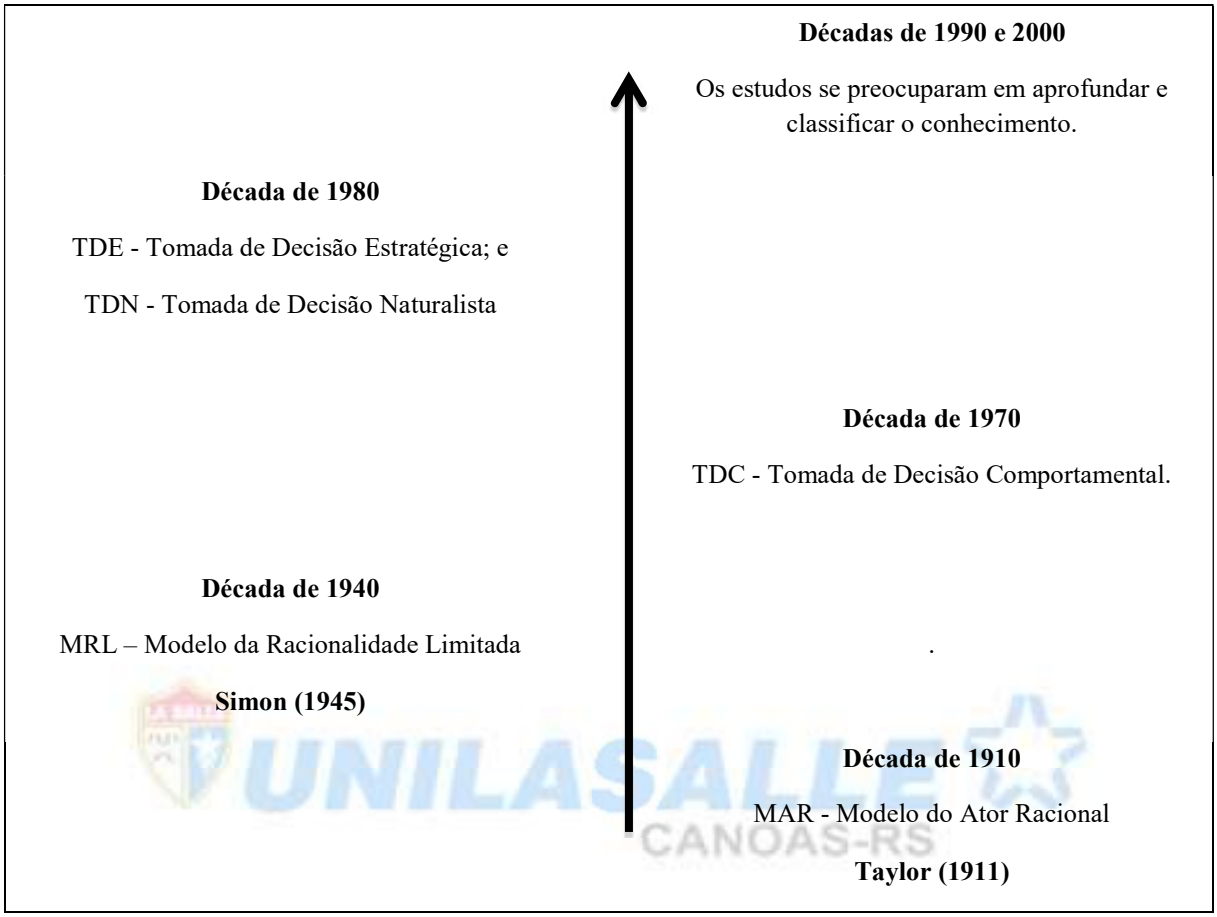
> a racionalidade requer um conhecimento completo, e inalcançável, das consequências exatas de cada escolha. Na realidade, o ser humano possui apenas um conhecimento fragmentado das condições que cercam sua ação, e ligeira percepção das regularidades dos fenômenos e das leis que lhe permitam gerar futuras consequências com base no conhecimento das circunstâncias atuais.

A limitação humana em sintetizar um número cada vez maior de informação é entendido como remediável, mediante aplicação de processos para solução de problemas, conforme proposto por March e Simon (1975, p. 212), onde

> Cada indivíduo só pode atender a um número limitado de assuntos a um só tempo. A razão básica por que a definição que o agente dá à situação difere tanto da situação objetiva é que esta última se apresenta excessivamente complexa para poder ser tratada nos menores detalhes. O comportamento racional compreende a substituição

> da realidade complexa por um modelo de realidade suficientemente simples para poder ser tratado mediante processos de solução de problemas.

Figura 1: Linha do Tempo sobre a Evolução dos Estudos sobre Tomada de Decisão nas Organizações:



Fonte: Autoria própria (2016).

A ruptura entre a racionalidade e o comportamento no processo de tomada de decisão nas organizações ocorreu através dos modelos de Racionalidade Limitada, contra o então modelo racional. Desde então, as áreas econômicas e psicológicas têm desenvolvido estudos voltado à qualificação deste processo, sob orientação destes dois modelos.

2.2.2 Pressupostos Econômicos e Psicológicos do Processo de Tomada de Decisão Organizacional.

O processo de tomada de decisão, para Taylor (1986), é tratado sob duas abordagens: racional e comportamental. A primeira, com subsídio da teoria econômico, ao passo que a segunda respaldada pela psicologia. A abordagem racional visa a busca de uma decisão ótima, onde o tomador é constituído de todas as condições para eleger a decisão mais adequada. Já o Comportamental, procura entender como o indivíduo se comporta na resolução de problemas e como utiliza a informação nesse processo.

Kahneman (2012, p. 43) entende o processo de tomada de decisão como comportamental, atribuído duas formas de processar a informação e tomar a decisão:

a) Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário; e

b) Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.

Simon (1979) enfatiza que o comportamento do tomador gera relatividade ao processo de tomada de decisão, onde a decisão só pode ser considerada correta se for selecionado os meios adequados para atingir as finalidades pré-estabelecidas.

Para Zavadskas e Turskis (2011) afirmam que a filosofia da tomada de decisão em economia é avaliar e selecionar a solução preferível, implementá-lo e ganhar o maior lucro.

São duas formas de compreender o processo de tomada de decisão, onde, neste estudo, será possível mensurar o desdobramento das pesquisas em ambas áreas.

2.3 Método de Pesquisa

O presente estudo é classificado segundo sua abordagem como quantitativo-qualitativo, com viés descritivo. A coleta de dados ocorreu com uso da técnica de meta-análise, através de pesquisa documental.

Os dados foram coletados em outubro de 2014 da plataforma ISI Web of Science Knowledge, com busca inicial pelas palavras: "decisionmaking", no campo "tópico". Inicialmente não se restringiu o tempo, levando em consideração toda a base histórica da plataforma de dados (a partir de 1946). A busca resultou em 288.926 artigos.

Ato contínuo, foi realizado o primeiro refinamento dos resultados, pelo "tipo de documento" como "artigo", restando 191.525 artigos.

Outro refinamento se fez necessário, para retirar os artigos do domínio de pesquisa denominado: "ArtsHumanities", representando, aproximadamente 1% do total apurado, resultando em 189.383 artigos.

Neste resultado apurado estão contemplados todos os estudos realizados em diversas áreas de pesquisa, como: gestão e negócios, medicina, engenharia, educação, dentre outras. Por isso, será destacado duas áreas específicas para fins de comparação com o total pesquisado: "Economia e Negócios" e "Psicologia". Importando em 25.998 e 22.055 artigos respectivamente.

A partir deste ponto, se o estudo foi conduzido em duas etapas:

a) Dimensionamento das áreas de pesquisa denominadas "Economia e Negócios" e "Psicologia", em relação ao total de áreas que pesquisam o processo de tomada de decisão.
b) Comparação quanto aos procedimentos metodológicos utilizados pelas duas áreas de pesquisa: "Economia e Negócios" e "Psicologia".

Os critérios utilizados para apurar dos dados, em cada uma das etapas, são assim descritos:

Tabela 1: Critérios Metodológicos.

Etapa	Critérios
1ª Etapa (a): Dimensionamento das Publicações nos últimos 5 anos.	• Os percentuais apurados nos períodos (20, 10 e 5 anos) fazem referência a produção total, desde 1946; e • Na base de dados estão contempladas todas as áreas de conhecimento, que publicaram artigos com o termo "*DecisionMaking*" (tomada de decisão).

1ª Etapa (b): Evolução Anual das Publicações.	• Na coluna "% Crescimento" é calculada a evolução das quantidades de publicações, tendo como base o mês anterior; e • Na base de dados estão contempladas todas as áreas de conhecimento, que publicaram artigos com o termo "*DecisionMaking*" (tomada de decisão).
1ª Etapa (c): Evolução das Publicações por Intervalos de 5 anos.	• Deferentemente da 1ª Etapa (a), o calculo da variação tem como base o período anterior de 5 anos; e • A base de dados é a mesma dos itens anteriores.

1ª Etapa (d):
 	
Desmembramento dos resultados por área de pesquisa.
	• Foram elencadas as 20 principais áreas de pesquisa;
	• Foram excluídas do elenco áreas de pesquisa que não tem relação direta com as principais áreas estudadas, que são:
	  o Economia e Negócios; e
	  o Psicologia.
	• A base de dados é a mesma dos itens anteriores.

1ª Etapa (e): Evolução Anual das Publicações de Economia e Negócios.	• Na coluna "% Crescimento" é calculada a evolução das quantidades de publicações, tendo como base o mês anterior; • Na coluna "% do Total" faz referência ao montante total de publicações, contempladas todas as áreas. • Na base de dados estão contemplados somente os artigos publicados na área de pesquisa: Economia e Negócios.
1ª Etapa (f): Evolução Anual das Publicações de Psicologia.	• Idem à 1ª Etapa (e), exceto quanto a origem dos dados, sendo da área de pesquisa da Psicologia.
1ª Etapa (g): Comparação entre as duas Áreas de Pesquisa em Períodos de 5 anos.	• Os percentuais apurados apontam a variação entre o período de 5 anos e o anterior, igualmente de 5 anos.
1ª Etapa (h): Apresentação dos Principais *Journals*(jornais) com publicação em "*DecisionMaking*" (tomada de decisão) na área de Economia e Negócios.	• Os periódicos apresentados são os 10 que mais publicaram artigos sobre a temática, nos últimos 5 anos. Inclusive a ordem apresentada está relacionada ao total de publicações neste período; e • Está sendo considerado na base de dados somente os artigos publicados ná área de Economia e Negócios.
1ª Etapa (i): Apresentação dos Principais *Journals*(jornais) com publicação em "*DecisionMaking*" (tomada de decisão) na área de Psicologia.	• Idem a 1ª Etapa (h), todavia a área foco do estudo é a Psicologia.

UNILASALLE CANOAS-RS

2ª Etapa:
 	
Comparação dos Procedimentos Metodológicos (Natureza da Análise e Natureza da Pesquisa) entre as Áreas de Economia e Negócios e Psicologia.
	• Dentre todos os artigos de cada área, foram selecionados os 20 com o maior número de citações;
	• Inicialmente foram classificados quando a Natureza da Análise, catalogados se "Teórico" ou " Teórico-empírico";
	• Dentre os artigos classificados como Teórico-empírico", se classificou novamente quando a Natureza da Pesquisa, como:
	  o Qualitativo;
	  o Quantitativo; ou
	  o Qualitativo-quantitativo.

Fonte: autoria própria (2016).

Diante a apresentação dos métodos de coleta e tratamento dos dados, a seguir serão apresentados os dados, bem como a análise dos seus desdobramentos.

2.4 Análise dos Dados

2.4.1 1ª Etapa: Dimensionamento das áreas de pesquisa denominadas "Economia e Negócios" e "Psicologia", em relação ao total de áreas que pesquisam o processo de tomada de decisão:

Inicialmente se faz necessário apresentar a quantidade de artigos publicados por ano, abrangendo as áreas das Ciências Sociais e Tecnológicas. Ao todo, desde 1946, foram publicados 189.383 artigos, destes 163.874 foram publicados nos últimos 20 anos, 119.141 nos últimos 10 anos e 76.229 nos últimos 5 anos.

UNILASALLE CANOAS-RS

Tabela 2: Dimensionamento das Publicações nos últimos 5 anos.

Período	**Número de Artigos**	**Percentual em Relação ao Total (1946 até 2013)**
Total (1946 até 2013)	189.383	100,00%
Últimos 20 anos (1994 até 2013)	163.874	86,53%
Últimos 10 anos (2004 até 2013)	119.141	62,91%
Últimos 5 anos (2009 até 2013)	76.229	**40,25%**

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Como demonstrado na Tabela 2, uma parcela significativa das publicações ocorreu nos últimos 5 anos, importando em 40,25% do total publicado.

Em geral, o volume de publicações tem aumentado anualmente, como se observa na Tabela 3:

Tabela 3: Evolução Anual das Publicações

Ano	**Quant. Artigos**	**% Crescimento**	**Ano**	**Quant. Artigos**	**% Crescimento**

2013	17.901	5,56%	2003	5.939	10,17%
2012	16.958	10,62%	2002	5.391	6,58%
2011	15.330	10,63%	2001	5.058	2,53%
2010	13.857	13,74%	2000	4.933	7,19%
2009	12.183	12,11%	1999	4.602	8,95%
2008	10.867	16,08%	1998	4.224	5,47%
2007	9.362	8,04%	1997	4.005	5,28%
2006	8.665	18,13%	1996	3.804	7,06%
2005	7.335	9,76%	1995	3.553	10,20%
2004	6.683	12,53%	1994	3.224	

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Em todos os anos, a partir de 1994, o volume de publicações apresentou um acréscimo em relação ao ano anterior. Os períodos que se destacaram em relação aos demais foram 2008 e 2006, ampliando em 16,08% e 18,13% o número de publicações, respectivamente.

Tabela 4: Evolução das Publicações por Intervalos de 5 anos.

Período	**Número de Artigos**	**% Crescimento**
De 2009 até 2013	76.229	77,64%
De 2004 até 2008	42.912	65,54%
De 1999 até 2003	25.923	37,81%
De 1994 até 1998	18.810	

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Contudo, se comparado períodos de 5 anos, a oscilação mais significativa ocorreu nos últimos 5 anos, onde a variação apurada chegou a 77,64%, contra os 65,54% do período que compreende os anos de 2004 e 2008. Como pode ser observado na Tabela 4.

Dentre as áreas que estudam o processo de tomada de decisão, a de Economia e Negócios é a que apresenta maior volume de artigos publicados, seguido pela Engenharia, Ciência da Computação e Psicologia, respectivamente.

Tabela 5: Desmembramento dos resultados por área de pesquisa.

Áreas de Pesquisa	Quant. Artigos	% em relação ao total
Todas	189.383	100%
Economia e Negócios	25.998	13,73%
Engenharia	23.635	12,48%
Ciências da Computação	20.209	10,67%
Psicologia	19.087	10,08%
Ciências Ambientais - Ecologia	12.743	6,73%
Gestão de Operações	10.611	5,60%
Neurociência	8.375	4,42%
Ciências Sociais - Outros Temas	7.091	3,74%
Educação	5.107	2,70%
Matemática	4.943	2,61%
Psiquiatria	3.879	2,05%
Administração Pública	3.313	1,75%
Ciência e Tecnologia - Outros Temas	2.787	1,47%
Biblioteconomia	2.599	1,37%
Logística	2.353	1,24%
Sociologia	2.236	1,18%
Ciência do Comportamento	2.063	1,09%
Telecomunicações	1.820	0,96%
Método Matemáticos em Ciências Sociais	1.408	0,74%
Relações Internacionais	1.301	0,69%

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

UNILASALLE CANOAS-RS

Na tabela 5, é possível verificar as vinte áreas de pesquisa que mais dedicam esforços no objetivo de entender a tomada de decisão. Foram excluídos da tabela, áreas que não tem similaridade com Economia e Negócios ou Psicologia.

A tabela 6 traz a quantidade de artigos publicados anualmente da área de Pesquisa: Economia e Negócios. Outrossim, ainda é possível observar o crescimento em relação ao ano anterior, bem como a relação com o total publicado sobre Tomada de Decisão naquele ano.

Esta tendência contribui com o estudo de Zavadskas e Turskis (2011) que concluem que as principais atividades de pesquisa em economia durante os últimos cinco anos têm aumentado.

Tabela 6: Evolução Anual das Publicações de Economia e Negócios.

Ano	Quant. Artigos	% Crescimento	% do Total	Ano	Quant. Artigos	% Crescimento	% do Total
2013	2.021	0,40%	11,29%	2003	769	-3,15%	12,95%
2012	2.013	-3,13%	11,87%	2002	794	4,75%	14,73%
2011	2.078	11,42%	13,56%	2001	758	6,16%	14,99%
2010	1.865	7,18%	13,46%	2000	714	0,28%	14,47%
2009	1.740	17,09%	14,28%	1999	712	3,19%	15,47%
2008	1.486	24,77%	13,67%	1998	690	9,35%	16,34%
2007	1.191	14,52%	12,72%	1997	631	6,05%	15,76%
2006	1.040	14,92%	12,00%	1996	595	-3,88%	15,64%
2005	905	5,85%	12,34%	1995	619	10,93%	17,42%
2004	855	11,18%	12,79%	1994	558		17,31%

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Exceto pelos anos de 1996, 2003 e 2012, os estudos publicados sobre Tomada de Decisão na área de Economia e Negócios têm aumentado significativamente. Entretanto, cabe ressaltar o baixo desempenho nos últimos dois anos, em que as publicações não ultrapassaram a obtida em 2011.

Mesmo com aumento a cada ano, cabe destacar a queda na relação da área de pesquisa em relação ao total. Em 1994 as pesquisas de Economia e Negócios representavam 17,31% de todas as pesquisas daquele ano. Já em 2013, esse número caiu para 11,29%. O que pode ser interpretado como um maior interesse de outras áreas no tema.

Assim como na área de Economia e Negócios, em Psicologia se observa aumentos anuais significativos. As exceções estão nos anos de 1996 e 2001. Também é percebido uma redução na participação das pesquisas em Psicologia no total das publicações.

Por outro lado, como demonstrado na Tabela 6, o aumento anual tem sido mais acentuado, principalmente nos últimos anos, quando as publicações de Economia e Negócios recuaram.

Tabela 7: Evolução Anual das Publicações de Psicologia.

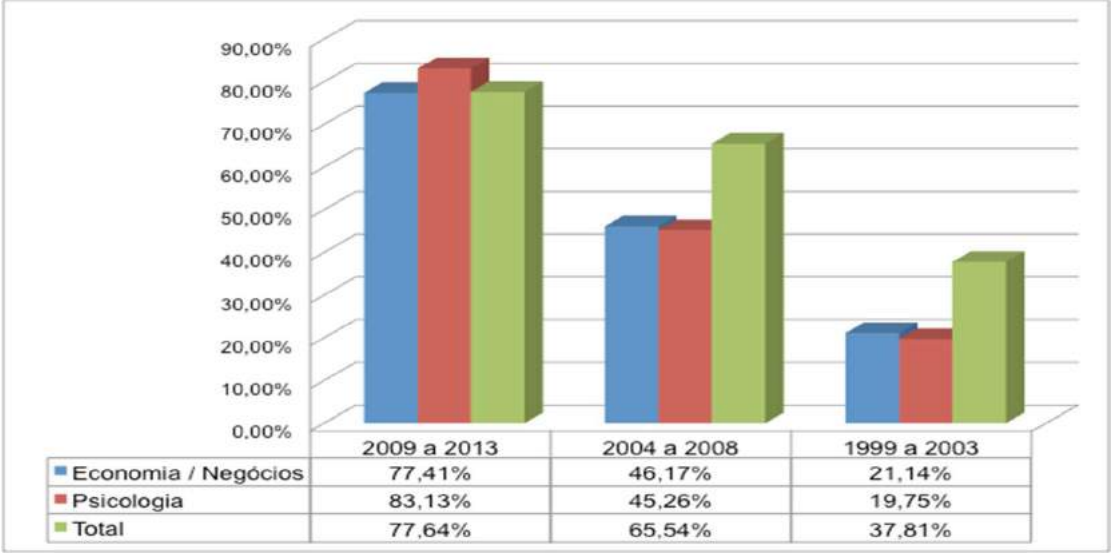
Ano	Quant. Artigos	% Crescimento	% do Total	Ano	Quant. Artigos	% Crescimento	% do Total
2013	1.657	4,08%	9,26%	2003	582	3,37%	9,80%
2012	1.592	6,06%	9,39%	2002	563	8,90%	10,44%
2011	1.501	19,32%	9,79%	2001	517	-4,79%	10,22%
2010	1.258	7,61%	9,08%	2000	543	10,14%	11,01%
2009	1.169	19,90%	9,60%	1999	493	3,14%	10,71%
2008	975	9,92%	8,97%	1998	478	0,42%	11,32%

2007	887	9,78%	9,47%	1997	476	4,85%	11,89%
2006	808	23,55%	9,32%	1996	454	-2,58%	11,93%
2005	654	9,92%	8,92%	1995	466	22,96%	13,12%
2004	595	2,23%	8,90%	1994	379		11,76%

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Nos últimos 5 anos as publicações da área da Psicologia evoluíram 83,13% em relação aos 5 anos anteriores. Se comparado ao mesmo período das de Economia e Negócios, a diferença importa em mais de 5% (vide Figura 2).

Figura 2: Comparação entre as duas Áreas de Pesquisa em Períodos de 5 anos.



Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

A menor participação das pesquisas de Gestão e Negócios no contexto geral, bem como um aumento substancial das pesquisas na área da Psicologia, são indicativos que os esforços em compreender o processo de tomada de decisão estão sendo tratados por mais áreas do conhecimento, e que os aspectos psicológicos que orientam o tomador de decisão estariam trazendo maiores contribuições para esse campo de estudo.

A tabela 8 traz o *rol* de periódicos que nos últimos cinco anos mais publicaram artigos na área de Economia. Convém destacar o *European Journal of Operational Research* e o *Journal of Business Ethics*, totalizando 406 e 342 artigos, respectivamente. Ambos periódicos apresentam uma produção linear durante o período estudado, o que depreende o compromisso destes dois *Journals* (jornais) com a temática.

Estes dez periódicos correspondem a 18,11% da produção total em economia neste período.

Tabela 8: Apresentação dos Principais *Journals* com publicação em "*Decision Making*" na área de Economia e Negócios.

JOURNAL	**2013**	**2012**	**2011**	**2010**	**2009**	**Total**

EUROPEAN JOURNAL OF OPERATIONAL RESEARCH	75	77	57	97	100	406
JOURNAL OF BUSINESS ETHICS	66	48	63	79	86	342
AFRICAN JOURNAL OF BUSINESS MANAGEMENT	0	0	120	39	4	163
JOURNAL OF THE OPERATIONAL RESEARCH SOCIETY	26	25	33	31	34	149
ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES	30	30	27	17	23	127
ECOLOGICAL ECONOMICS	24	19	31	27	21	122
OMEGA INTERNATIONAL JOURNAL OF MANAGEMENT SCIENCE	26	21	22	16	32	117
VALUE IN HEALTH	17	31	19	23	25	115
JOURNAL OF ECONOMIC PSYCHOLOGY	21	22	19	26	22	110
MANAGEMENT DECISION	16	16	23	27	27	109
TOTAL	**301**	**289**	**414**	**382**	**374**	**1760**

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

BUNH ASAI IT
CAMPUS

Diferente dos Journals na área da economia, a produção acadêmica na psicologia não tem um ou dois periódicos de destaque, onde a variação entre o primeiro e o último é de 99 publicações. Na área econômica a mesma variação é de 297 artigos publicados no mesmo período.

Tabela 9: Apresentação dos Principais *Journals* com publicação em "Decision Making" na área de Psicologia.

JOURNAL	2013	2012	2011	2010	2009	Total
JUDGMENT AND DECISION MAKING	36	39	42	31	33	181
PSYCHOLOGICAL SCIENCE	42	35	19	22	23	141
ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES	30	30	27	17	23	127
JOURNAL OF BEHAVIORAL DECISION MAKING	30	34	22	18	20	124
FRONTIERS IN HUMAN NEUROSCIENCE	55	23	20	10	7	115
JOURNAL OF ECONOMIC PSYCHOLOGY	21	22	19	26	22	110
FRONTIERS IN PSYCHOLOGY	50	31	20	5	0	106
JOURNAL OF EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY	17	16	22	21	24	100
NEUROPSYCHOLOGIA	16	24	18	26	15	99
JOURNAL OF COGNITIVE NEUROSCIENCE	15	10	25	17	15	82

TOTAL	**312**	**264**	**234**	**193**	**182**	**1185**

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

Estes dez periódicos correspondem a 16,51% da produção total em psicologia neste período.

2.4.2 Comparação quanto aos procedimentos metodológicos utilizados pelas duas áreas de pesquisa: "Economia e Negócios" e "Psicologia".

Dos 20 artigos selecionados de Economia e Negócios, se evidenciou um intervalo de 454 a 79 citações nos últimos cinco anos. No entanto, os dois artigos que lideram a lista destoam dos demais, importando em 454 e 335 citações, contra 118 do terceiro.

No que tange a Psicologia, a distancia entre o primeiro da lista e o último é menor, de 345 até 73 citações. Mesmo assim, o primeiro artigo tem, praticamente, o dobro de citações do segundo.

Tabela 10: Comparação dos Procedimentos Metodológicos (Natureza da Análise e Natureza da Pesquisa) entre as Áreas de Economia e Negócios e Psicologia.

Critérios e	**Natureza da Análise**		**Natureza da Pesquisa**		
Área de Pesquisa	Teórico	Teórico-empírico	Qualitativo	Quantitativo	Qualitativo-quantitativo
Economia e Negócios	10	10	2	3	5
Psicologia	4	16	0	0	16

Fonte: Dados da pesquisa, organizado pelos autores (2016).

UNILASALLE CANOAS-RS

Na área de Economia e Negócios existe uma paridade entre a Natureza de Análise Teórica e Teórica-empírica, com 10 artigos cada. Dos 10 artigos Teórico-empíricos é possível observar uma predominância da pesquisa de natureza Qualitativa-quantitativa.

Poucos estudos teóricos podem ser observados na área psicológica, com preponderância teórica-empírica de 16 artigos. Destes, todos são de natureza qualitativa-quantitativa.

Dos 16 estudos Teórico-empíricos apontados na área da Psicologia, a maioria, 12 artigos, desenvolveram uma pesquisa experimental. Em ambas áreas, foram evidenciados três estudos utilizando a técnica da Meta-análise, com a obtenção dos dados de forma documental.

Este comparativo é um indicativo de como as pesquisas estão sendo conduzidas em cada área. Enquanto a área de Economia e Negócios tem se caracterizado pelo equilíbrio entre os propósitos teóricos e empíricos, os pesquisadores da área da Psicologia têm direcionado maiores esforços em testar empiricamente as teorias vigentes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema "Tomada de Decisão" tem uma amplitude que transcende uma única área de conhecimento. Neste estudo, pode-se verificar que perpassa áreas como: Economia, Medicina, Psicologia, Engenharia, Gestão, Ciências da Computação, Ecologia, Educação, Sociologia, Telecomunicações, dentre outras.

No entanto, os esforços do presente estudo estavam centrados na tomada de decisão no contexto empresarial, o que pode ser melhor descrito pelas áreas da Economia e da Psicologia.

Neste sentido, convém compreender as diferenças entre as pesquisas destas áreas, para possibilitar a convergência e conveniências destes estudos no contexto da Gestão.

Os resultados apontaram diferenças significativas entre os métodos de pesquisa. Outra diferença percebida está na quantidade de artigos publicados. Existe um volume de produção maior de artigos na área econômica, no entanto, um maior crescimento é percebido na área psicológica.Também percebe-se um maior esforço dos pesquisadores em promover estudos empíricos.

Outra conclusão que pode ser obtida com o estudo é a representatividade decrescente das duas áreas em relação ao total de áreas interessadas no tema. Tal decréscimo pode corresponder a uma dificuldade em gerar novos conhecimentos sobre o tema com as teorias econômicas e psicológicas. Mesmos assim, a área de pesquisa de Economia e Negócios ainda lidera os estudos sobre Tomada de Decisão em quantidade de publicações.

Como contribuição para estudos futuros, convém elencar os principais *Journals* dedicados ao tema, ordenados pela quantidade de citações. Também se sugere que o estudo seja comparativo entre as Áreas de Pesquisa por este estudo apresentadas.

REFERÊNCIAS

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LAUDON, J.; LAUDON, K. Sistemas de Informação Gerenciais. 9ª. ed. São Paulo: Pearson, 2011.

MARCH, J. G.; SIMON, H. A. Teoria das Organizações. Rio de Janeiro: FGV, 1975.

MOTTA, F. C. P.; VASCONCELOS, I. G. Teoria Geral da Administração (3 ed.). São Paulo: Thomson, 2006.

MINTZBERG, H. The Nature of Managerial Work. Nova York: Harper e Row, 1973.

SIMON, Herbert. Comportamento administrativo: Estudo dos Processos Decisórios nas Organizações Administrativas. Rio de Janeiro: FGV, 1979.

TAYLOR, Frederick W. Princípios de Administração Científica. 7.tiragem. Rio de Janeiro: Atlas, 1978.

TAYLOR, Robert S. Value-added processes in Information Systems. New Jersey: Ablex, 1986.
WEICK, Karl. A Psicologia Social da Organização. São Paulo: Edgar Blücher, 1973.

ZAVADSKAS, E. K.; TURSKIS, Z. (2011). Multiple criteria decision making (MCDM) methods in economics: an overview. Technological and Economic Development of Economy, 17(2), 397–427.

UNILASALLE CANOAS RS

EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL UNIVERSITÁRIA: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR DE CARÁTER COMUNITÁRIO

Dirleia Fanfa Sarmento[1]
Ricardo Antonio De Marco[2]

RESUMO: Compreender a efetividade das Instituições de Ensino Superior (IES) de caráter comunitário em relação à Qualidade do Ensino Superior a partir do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior de 2004, no seu Eixo 2, Desenvolvimento Institucional e respectivas Dimensões 1 e 3: Missão e o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e a Responsabilidade Social da Instituição. Caracteriza-se como um estudo de caso desenvolvido na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) que se valeu da analise descritiva e documental do que segue: Missão, Visão e Valores; Plano de Desenvolvimento Institucional e o Balanço Social de 2015; e os respectivos elementos norteadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior. A partir dessa inferência, foi possível perceber que a UNOESC, em seus princípios constitutivos e documentos oficiais, fomenta a qualidade do ensino por meio da valorização da formação cidadã orientada para a inserção social. Constatou-se que a consolidação da RSU em IES comunitárias passa necessariamente pelo olhar atento da gestão aos princípios da indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, elementos constitutivos e findos das universidades, que quando não executados adequadamente, contrariam e violam o preceito legal; que projetos de Ensino, Pesquisa e Extensão de cunho inter e transdisciplinar, apresentam forte contribuição para a consolidação da Qualidade do Ensino e da RSU; paralelamente, restou evidente que o exercício dos princípios da RSU: gestão da qualidade organizacional e da vida institucional; formação docente e acadêmica; pesquisa e produção de conhecimento; projeção social e o voluntariado; aproximando-se do ideário de consolidação e elevação da Qualidade do Ensino oferecendo suporte de grande valia para as IES comunitárias.

PALAVRAS-CHAVE: Qualidade do Ensino. Responsabilidade Social Universitária. IES Comunitárias.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

Considerando a premissa apregoada pelo INEP (2004) que a análise da Qualidade da Educação ocorre a partir de uma perspectiva polissêmica, visto as múltiplas significações para essa temática, o exame da realidade educacional evidencia que são diversos os elementos para qualificar, avaliar e precisar a natureza, as propriedades e os atributos desejáveis ao processo educativo, tendo em vista a produção, organização, gestão e disseminação de saberes e conhecimentos fundamentais ao exercício da cidadania.

Nesse horizonte, a educação se consolida essencialmente como uma prática social presente em diferentes espaços e momentos da produção da vida social. Nesse contexto, particularmente, a qualidade do ensino superior, é induzida por objetos e princípios pré-estabelecidos intrínsecos em políticas públicas que orientam o processo ensino-aprendizagem, pois cada país, com sua trajetória histórico-cultural e com o seu projeto de nação, estabelece diretrizes e bases para o seu sistema educacional (INEP, 2004).

A partir dessa perspectiva este artigo se propõe em discutir como as Instituições de Ensino Superior (IES) de caráter comunitário efetivam a Responsabilidade Social Universitária (RSU) como expressão da Qualidade do Ensino Superior. Por esta problemática, se constitui como objetivo compreender a efetividade das Instituições de Ensino Superior (IES) de caráter comunitário em relação

1 Doutora UNILA SALLE; *dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br*
2 Doutorando UNILASALLE; *ricardo.demarco@unoesc.edu.br*

à Qualidade do Ensino Superior a partir do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior de 2004, no seu Eixo 2, Desenvolvimento Institucional e respectivas Dimensões 1 e 3: Missão e o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e a Responsabilidade Social da Instituição. Para dar conta deste ideário, este texto caracteriza-se como um estudo de caso, conforme abordado por Yin (2003), desenvolvido na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) que se valeu da analise descritiva e documental, visto em Cervo e Bervian (2003) e Pádua (2011) do que segue: Missão, Visão e Valores; Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e o Balanço Social de 2015 da Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina (FUNOESC), mantenedora da UNOESC; e os respectivos elementos norteadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAE).

Considerando a tipologia da UNOESC, uma instituição comunitária, a dimensão da RSU, SINAES (2004), assume importância ímpar, sendo que, além do que indicam os dispositivos legais, a própria caracterização da IES a coloca numa posição de serviço à comunidade local e regional. Os resultados esperados com este estudo demonstram-se extremamente relevantes para a UNOESC, visto ser o *lócus* de atuação e para as IES, em especial aquelas com características comunitárias. Nesse norte, ganha o meio Universitário, pois terá disponível uma análise criteriosa sobre o real papel das ações de extensão no que tange à RSU, ampliando a visão acadêmica sobre suas práticas de indissociabilidade, aferindo sua contribuição com o Desenvolvimento Social.

Este trabalho está organizado em cinco seções: a introdução, que apresenta a caracterização do estudo, a problemática, os objetivos propostos e resultados esperados; na segunda seção apresenta-se a fundamentação teórica que contempla educação de qualidade; a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, além da responsabilidade social universitária; o terceiro tópico destina-se aos procedimentos metodológicos adotados no estudo; na quarta seção apresenta-se a análise do *corpus* investigativo composto pelos documentos institucionais; na quinta seção estão delineadas as considerações finais com as respectivas correlações teóricas; por fim, o último tópico apresenta o referencial teórico utilizado para o estudo.

UNILASALLE CANOAS-RS

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A seguir, apresentam-se o suporte teórico necessário substanciar este estudo com ênfase na indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, nos preceitos da educação de qualidade e a Responsabilidade Social Universitária (RSU) - interface com o SINAES.

2.1 Indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão

A indissociablidade entre o ensino, pesquisa e extensão é um requisito legal e obrigatório para as Instituições de Ensino Superior que aspiram ser ou dizem ser UNIVERSIDADE (MOITA e ANDRADE, 2013).

Trata-se de um princípio que tem implicações no padrão de qualidade acadêmica para as instituições de ensino superior do país (ANDES, 1982). É um movimento iniciado a partir de uma emenda apresentada pelo Fórum Nacional de Educação na Constituinte à Assembléia Nacional Constituinte, que propunha a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão como um novo paradigma para a universidade brasileira, foi incorporado à Constituição Federal de 1988 em seu artigo 207, que estabelece: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Nesse sentido, Pucci 1991, destaca que o conceito de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, se apresenta como referência para a organização do trabalho pedagógico, embora de difícil concretização em face das condições políticas e estruturais da educação superior, tornou-se premissa

para pensar e propor alternativas para esse nível de ensino, incorporando-se como elemento de expressão dos movimentos acadêmicos, científicos e culturais.

Conforme a legislação, o tripé formado pelo ensino pesquisa e extensão constitui o eixo fundamental das universidades brasileiras, e não podem ser compartimentado. Dessa forma, enquanto funções básicas da universidade devem ser equivalentes e merecer igualdade em tratamento por parte das instituições de ensino superior, pois, ao contrário, estarão violando esse preceito constitucional. Sendo que a indissociabilidade é um princípio orientador da qualidade da produção universitária, pois afirma como necessária a tridimensionalidade do fazer universitário autônomo, competente e ético (MOITA; ANDRADE, 2013).

Complementarmente Pucci (1991); Rays (2003), destacam que a indissociabilidade implica na interação das três atividades da universidade o ensino, a pesquisa e a extensão, embora cada um têm uma essência distinta de práticas pedagógicas, sempre haverá momentos de intersecção, que oxigena a produção do conhecimento ao permitir sua renovação com alunos, professores e a sociedade. Ainda, proporciona vivências que estimulam novos questionamentos sobre a realidade e novos conhecimentos, promovendo a democratização da universidade. Entende-se que essas práticas ocorrem em um estado democrático de direito, abrangendo os princípios democráticos e humanistas.

A assimilação do conceito de indissociabilidade, em relação aos termos ensino, pesquisa e extensão, são imprescindível para o planejamento, desenvolvimento e avaliação das atividades curriculares que pretendem tomar o conceito como princípio norteador das práticas cotidianas do ensino superior. Assim, a indissociabilidade caracteriza-se, como um processo multifacetado de relações e de correlações que busca a unidade da teoria e da prática (RAYS, 2003).

Nessa ótica, Moita e Andrade (2013) adicionam que a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão deve ocorrer, e seu resultado deve ser um dinamismo nos vários espaços da universidade capaz de facilitar a troca de conhecimentos entre esses espaços e aprimorá-los para torná-los momentos verdadeiramente impulsionadores de reflexões sobre a realidade e proposições de soluções para os conflitos que a permeiam.

UNILASALLE
CANOAS-RS

2.2. Preceitos da educação de qualidade

A educação tem sido defendida e firmada como um direito de todas as pessoas, em vários dispositivos legais que versam sobre a educação de qualidade, nos âmbitos nacional (BRASIL, 1988, 1990, 1996, 2006, 2007 a, b, 2013,2014) e internacional (ONU, 1989; UNESCO, 1990; UNESCO CONSED, 2001; OEI, 2008).

Considerando a característica polissêmica do conceito de qualidade em educação, são possíveis múltiplas conotações e interpretações. Quando se trata de educação de qualidade, inspiramo-nos no que segue:

> A qualidade está no cerne da educação e o que tem lugar nas salas de aula e em outros ambientes de aprendizagem é fundamentalmente importante para o bem-estar futuro das crianças, jovens e adultos. Educação de qualidade é aquela que satisfaz as necessidades básicas de aprendizagem e enriquece a vida dos educandos e sua experiência global de vida (UNESCO CONSED, 2001).

Conforme assinala Freire em sua obra (2001, p. 24):

> [...] educação e qualidade são sempre uma questão política, fora de cuja reflexão, de cuja compreensão não nos é possível entender nem uma nem outra. Não há, finalmente, educação neutra nem qualidade por que lutar no sentido de reorientar a educação que não implique uma opção política e não demande uma decisão, também política de materializá-la. (grifo do autor).

Nesse sentido, “a educação é possível para o homem, porque este é inacabado e sabe-se inacabado [...] a educação tem caráter permanente. Não há seres educados e não educados. Estamos todos nos educando” (FREIRE, 1983, p.14). O autor ainda salienta que:

> Assim como não há homem sem mundo, nem mundo sem homem, não pode haver reflexão e ação fora da relação homem-realidade. Esta relação homem – realidade, homem –mundo [...] implica a transformação do mundo, cujo produto, por sua vez, condiciona ambas, ação e reflexão. É, portanto, através de sua experiência nestas relações que o homem desenvolve sua ação-reflexão, como também pode tê-las atrofiadas. Conforme se estabeleçam estas relações, o homem pode ou não ter condições objetivas para o pleno exercício da maneira humana de existir (FREIRE, 1983).

Toda a ação educativa é um ato intencional e político, conforme afirma Freire (1983). O autor nos auxilia a refletir sobre a questão do compromisso e das práticas sociais, enfatizando o papel do professor com relação a estes aspectos:

> Na medida que o compromisso não pode ser um ato passivo, mas práxis ação e reflexão sobre a realidade, inserção nela, ele implica indubitavelmente um conhecimento da realidade. Se o compromisso só é válido quando está carregado de humanismo, este, por sua vez, só é consequente quando está fundado cientificamente (FREIRE, 1983, p.10).

Entende-se que a educação de boa qualidade deve formar pessoas para pensar e agir com autonomia. Nesse sentindo, sustenta Gadotti (2013), que a qualidade na educação é um conceito dinâmico que deve se adaptar a um mundo em que experimenta profundas transformações, versa de um conceito político que apesar de elementos comuns, se altera dependendo do contexto.

A Constituição Federal de 1988 destaca em um capítulo específico referente à educação, em seu artigo 206, inciso VII: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] garantia de padrão de qualidade”. Ainda, no artigo 214, a CF/88, faz menção à melhoria da qualidade do ensino, sendo um dos objetivos do Plano Nacional da Educação.

A Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394/96, aponta inúmeras vezes o termo qualidade, baseada no princípio do direito universal à educação para todos, ocasionou diversas mudanças em relação às leis antecedentes, como a inclusão da educação infantil, como primeira etapa da educação básica. Nesse sentido, o Plano Nacional de Educação (PNE) destaca que o núcleo estratégico da educação superior brasileira é composto pelas universidades, que exercem as funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de ensino, pesquisa e extensão. Ainda, o autor entende que a articulação das universidades com as instituições de ciência e o desafio de aglomerar em suas atividades de ensino, pesquisa e a extensão, são requisitos de importância, qualidade e cooperação internacional, sendo que para a manutenção das atividades típicas das universidades são elementos necessários para constituir o suporte necessário para o desenvolvimento científico e tecnológico. (BOTOMÉ, 1996).

Nessa esteira, a qualidade da educação superior se vale do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), que foi instituído pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, está sob a coordenação da Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES), sendo sua operacionalização de competência do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Por se tratar de uma lei federal o SINAES representa uma política de Estado para a avaliação das instituições de ensino superior brasileiras, a orientar as políticas de governo para tal fim.

O SINAES tem como princípios fundamentais a responsabilidade social com a qualidade da educação superior; o reconhecimento da diversidade do sistema; o respeito à identidade, à missão e à

história das instituições; a globalidade, ou seja, compreensão de que a instituição deve ser avaliada a partir de um conjunto significativo de indicadores de qualidade, vistos sua relação orgânica e não de forma isolada; e continuidade do processo avaliativo. (Lei nº 10.861/2004).

Conforme a Lei nº 10.861, integra os SINAES três modalidades de instrumentos de avaliação, sendo aplicados em momentos diferentes:

- Avaliação das Instituições de Educação Superior (Avalies): centro de referência e articulação do sistema de avaliação que se desenvolvem em duas etapas principais: autoavaliação, coordenada pela Comissão Própria de Avaliação (CPA) de cada IES e a avaliação externa, realizada por comissões instituída pelo INEP, conforme diretrizes estabelecidas pela Conaes.
- Avaliação dos cursos de graduação (ACG): avalia os cursos de graduação por meio de instrumentos e procedimentos que incluem visitas *in loco* de comissões externas. Sendo que a periodicidade dessa avaliação depende diretamente do processo de reconhecimento e renovação de reconhecimento que os cursos estão sujeitos.
- Avaliação do desempenho dos estudantes (Exame Nacional de Avaliação de Desempenho dos Estudantes – Enade): aplica-se aos estudantes do final do primeiro e do último ano do curso, estando prevista a emprego de procedimentos amostrais.

O SINAES é um instrumento que avalia diversos aspectos da instituição, que correspondem ao ensino, pesquisa, extensão, responsabilidade social, desempenho dos alunos, gestão, corpo docente e instalações, entre outros. Sendo que as informações produzidas pelo SINAES poderão ser utilizadas pelas instituições de ensino superior para orientação da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social, pelos órgãos governamentais para orientar políticas públicas e pelos estudantes e seus pais, instituições acadêmicas para orientar a decisões quanto à realidade dos cursos e das instituições. (Lei nº 10.861/2004).

A constituição do SINAES está amparada na ideia de que todas as avaliações da educação superior, realizadas no âmbito do Ministério da Educação, se organizem e se operacionalizem a partir de uma concepção que integre as metodologias, os instrumentos de avaliação e de informação. Essa ação talvez constitua um dos mais importantes diferenciais entre o que foi construído com o SINAES e as práticas existentes anteriormente (RISTOFF e GIOLO, 2006).

2.3 Responsabilidade social universitária: interface com o SINAES

A estrutura avaliativa do Sistema contempla três componentes: das IES (a autoavaliação, a avaliação externa), a avaliação dos cursos de graduação (organização didático-pedagógica, o perfil do corpo docente e as instalações físicas) e a dos estudantes (Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE). Ainda, complementam o SINAES os seguintes instrumentos de informação: o Censo da Educação Superior e o Cadastro de Cursos e Instituições (INEP, 2014). O conjunto de dimensões avaliativas do SINAES está organizado em cinco eixos e suas respectivas dimensões de avaliação, conforme indicado no quadro 1:

QUADRO 1: Eixos e dimensões avaliativas do SINAES

Eixo	Dimensões
Eixo 1: Planejamento e Avaliação Institucional	**Dimensão 8**: Planejamento e Avaliação
Eixo 2: Desenvolvimento Institucional	**Dimensão 1:** Missão e Plano de Desenvolvimento Institucional. **Dimensão 3:** Responsabilidade Social da Instituição.
Eixo 3: Políticas Acadêmicas	**Dimensão 2:** Políticas para o Ensino, a Pesquisa e a Extensão **Dimensão 4:** Comunicação com a Sociedade **Dimensão 9:** Política de Atendimento aos Discentes
Eixo 4: Políticas de Gestão	**Dimensão 5:** Políticas de Pessoal

	Dimensão 6: Organização e Gestão da Instituição **Dimensão 10:** Sustentabilidade Financeira
Eixo 5: Infraestrutura Física	**Dimensão 7:** Infraestrutura Física

Fonte: Elaborado a partir da Nota Técnica Nº 14/2014-CGACGIES/DAES/INEP/MEC

No eixo 2, Desenvolvimento Institucional, foco do estudo proposto, são avaliadas as Dimensões 1 e 3: Missão e Plano de Desenvolvimento Institucional e a Responsabilidade Social da Instituição, respectivamente, contemplando os seguintes aspectos: Missão institucional, metas e objetivos do PDI; coerência entre o PDI e as atividades de ensino de graduação e de pós-graduação; coerência entre o PDI e as práticas de extensão; coerência entre o PDI e as atividades de pesquisa/iniciação científica, tecnológica, artística e cultural; coerência entre o PDI e as ações institucionais no que se refere à diversidade, ao meio ambiente, à memória cultural, à produção artística e ao patrimônio cultural; coerência entre o PDI e as ações institucionais voltadas para o desenvolvimento econômico e social; coerência entre o PDI e ações de responsabilidade social: inclusão social; coerência entre o PDI e ações afirmativas de defesa e promoção dos direitos humanos e igualdade étnico-racial; internacionalização: coerência entre o PDI e as ações institucionais.

O SINAES teve como propósito, desde a sua promulgação em 2004, abrir as portas de oportunidades para a responsabilidade social na gestão universitária. Dessa forma, a Responsabilidade Social se constitui numa exigência para qualquer IES, seja ela pública ou privada. (ASHLEY, FERREIRA, REIS, 2006). Dessa forma, para Vallayes (2006, p. 39):

> A Responsabilidade Social Universitária exige, a partir de uma visão holística, a articulação dos diversos setores da instituição, em um projeto de promoção social de princípios éticos e de desenvolvimento social equitativo e sustentável, com vistas à produção e transmissão de saberes responsável e à formação de profissionais cidadãos igualmente responsáveis.

Complementarmente, Calderón (2006, p.8), destaca que:

> Se por um lado, o entendimento da Responsabilidade Social Universitária que se tinha há mais de quatro décadas ainda mantém vigência, podemos afirmar que ele tem adquirido novos matizes em decorrência das rápidas mudanças ocorridas no mundo, em termos políticos, econômicos, culturais, informacionais decorrentes da crise do Estado de Bem-Estar, da hegemonia do neoliberalismo, da aceleração do processo de globalização econômica, do surgimento da sociedade global de informação e do conhecimento e, principalmente, do fim da guerra fria.

Nessa linha, Carrizzo (2006) argumenta que as Universidades devem se transformar em um instrumento acelerador do processo de transformação social, atribuindo à Universidade a missão de ditar o ritmo da história, visão compartilhada por Florestan Fernandes (1975). A RSU deve considerar as auguras de um mundo complexo, de diferenças sociais e desigualdades de oportunidades. Por estas argumentações, ganha destaque a visão de Responsabilidade Social associada diretamente ao desenvolvimento humano, condição compartilhada por Wagenberg (2006), Kliksberg (2006), Vallaeys (2006), e Carrizo (2006), Morin (2002).

Especificamente, Morin (2002) acrescenta que o desenvolvimento sob o viés unicamente econômico provoca a prevalência da pobreza material e da alma dos socialmente excluídos, destacando a necessidade do diálogo permanente entre os processos técnicos e econômicos, aliados a preceitos éticos de solidariedade e responsabilidade. Sob esta vertente, Santos (1995) enfatiza que os pressupostos da responsabilidade social devem atender critérios além da vertente econômica, estimulando a ótica da orientação social e política, diante de problemas sociais. O autor destaca que o desafio está no alinhamento entre a sustentabilidade institucional, sob o ponto de vista econômico, e os indicativos de que a RSU valoriza o bem-estar social e a vida humana como finalidade absoluta.

UNILASALLE CANOAS-RS

Nessa ótica, Vallaeys (2006) defende uma nova dinâmica universitária, permeando três fatores: a garantia da responsabilidade social da ciência, a promoção da formação cidadã democrática e a formação calçada nos fundamentos da formação transversal de agentes para o desenvolvimento. Este viés formativo deve ser disseminado por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, elementos tradicionais e basilares das Universidades que, segundo Vallaeys (2006, p. 45) permitem a "construção das pontes entre a universidade e a sociedade, a concretização do compromisso social da universidade e a reflexão ética sobre a dimensão social do ensino e da pesquisa e têm sido uma atribuição da chamada extensão universitária".

Considerando essa perspectiva, Calderón (2006) e Vallaeys (2006) compartilham que a RSU carece de uma visão mais abrangente e sistêmica, considerando as diversas partes da instituição em um projeto de promoção social com princípios éticos, sustentáveis, justos e de desenvolvimento social, sustentando o processo de ensino e aprendizagem para a transmissão de saberes com vistas à formação de cidadãos também responsáveis socialmente. Nessa perspectiva, Jimenez et al. (2006, p. 15) destaca que a RSU é a:

> [...] capacidade que possui a universidade de difundir e colocar em prática um conjunto de princípios e valores, gerais e específicos, por meio de quatro processos considerados chaves: gestão, docência, pesquisa e extensão universitária, respondendo socialmente desta forma perante a própria comunidade universitária e o país onde está inserida.

Nessa linha, Calderón (2006) menciona que a universidade deve ser considerada como uma grande pirâmide de base triangular, mesmo sendo uma única construção, possui uma base e três faces visíveis entrelaçadas na sua essência que representa o ensino, a pesquisa e a extensão, elevadas numa base representada pela gestão universitária, interligada com cada uma das faces, das quais se completam entre si, possibilitando a existência de uma construção sólida e coesa, por meio das dimensões que dão suporte aos princípios e valores, alicerces da pirâmide, ou seja, que sustenta à universidade.

Cabe ressaltar que a preocupação com a Responsabilidade Social é um elemento presente em outras tipologias organizacionais, tais como as empresas. De acordo com Drucker (2009, p. 84):

> Cada um é responsável pelo impacto que causa. [...] Cedo ou tarde a sociedade vai considerar qualquer impacto causado um ataque à sua própria integridade e vai cobrar um alto preço daqueles que não tomaram para si a responsabilidade de trabalhar para eliminar o impacto ou para descobrir uma solução para o problema.

O autor chama a atenção para o fato de que as organizações precisam estar atentas e se "juntar às preocupações fundamentais da comunidade com os aspectos qualitativos da vida, isto é, bens e serviços econômicos, preocupação com a qualidade de vida, ou seja, com o ambiente físico, humano e social do homem moderno e da comunidade moderna". Continua explicando que:

> Há apenas alguns anos, tanto os administradores quanto os economistas consideravam a dimensão social tão intangível que não seria possível estabelecer objetivos de desempenho para ela. Sabemos agora que o intangível pode transformar-se em muito tangível mesmo. Lições como a do consumismo ou a do ataque as indústria que prejudicam o meio ambiente são métodos dispendiosos para aprender que uma empresa precisa pensar em suas responsabilidades e nos impactos que causa e estabelecer objetivos para ambos (Drucker, 2009, p. 49).

Nesse sentindo, Vallaeys (2006, p.36) assinala que a:

> [...] Responsabilidade Social Empresarial é um conjunto de práticas da organização que integra sua estratégia corporativa e que tem como finalidade evitar danos e/ou gerar benefícios para todas as partes envolvidas na atividade da empresa (clientes,

> empregados, acionistas, comunidade, periferia etc.), com finalidades racionais, que devem redundar em benefício tanto da organização como da sociedade.

Concernente aos benefícios da Responsabilidade Social Empresarial (SER) destaca-se que a:

> RSE é o compromisso empresarial de contribuir para o desenvolvimento econômico sustentável, trabalhando em conjunto com os empregados, suas famílias, a comunidade local e a sociedade em geral para melhorar sua qualidade de vida, de maneira que sejam boas tanto para as empresas como para o desenvolvimento (BANCO MUNDIAL, 2002).

Neste contexto, a RSU carece de estratégias claras para sua execução, conforme aborda Vallaeys (2006), sugerindo quatro linhas de ações institucionais para sua efetivação: 1) Gestão interna: transformar a Universidade numa comunidade ética, socialmente exemplar, democrática e transparente economicamente e politicamente, com viés no desenvolvimento sustentável; 2) Docência: direcionar a aprendizagem baseada em projetos sociais, como enfoque multi e interdisciplinar, dado seu direcionamento na aprendizagem articulada com a pesquisa, ensino e extensão; 3) Pesquisa: fomento a projetos com fins de desenvolvimento social, utilizando estratégias integradas com a comunidade com viés na resolução de problemas locais; 4) Projetos sociais: proceder uma interface entre cursos, departamentos e pesquisadores e estudantes, engajados em projetos que se tornem fonte de pesquisa aplicada e de recursos didáticos para a comunidade universitária.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método utilizado para o desenvolvimento desse estudo foi o estudo de caso. Para Yin (2003), as evidências para um estudo de caso podem vir de seis fontes distintas, a saber: documentos; registros em arquivos; entrevistas; observação direta; observação participante; artefatos físicos. Nesse sentido, este estudo caracteriza-se como um caso único, que conforme Yin (2003, p.62) "representa o teste decisivo de uma teoria significativa, podendo confirmar, contestar ou estender a teoria".

Com base na tipologia apresentada por Cervo e Bervian (2003), o estudo se caracteriza por ser uma pesquisa descritiva, pois "observa, registra, analisa e correlaciona fatos ou fenômenos (variáveis) sem manipulá-los" (CERVO, BERVIAN, 2003, p. 66). Quanto ao procedimento, constitui-se em uma pesquisa documental por meio da qual "são investigados documentos a fim de se poder descrever e comparar usos e costumes, tendências, diferenças e outras características. Estuda a realidade presente, e não o passado, como ocorre com a pesquisa histórica" (Idem, p. 67). Godoy (1995, p. 21-22), referindo-se aos documentos, salienta que tal expressão ao ser compreendida de forma ampla, inclui:

> [...] os materiais escritos (como, por exemplo, jornais, revistas, diários, obras literárias, científicas e técnicas, cartas, memorandos, relatórios), as estatísticas (que produzem um registro ordenado e regular de vários aspectos da vida de determinada sociedade) e os elementos iconográficos (como, por exemplo, sinais, grafismos, imagens, fotografias, filmes). Tais documentos são considerados primários "quando produzidos por pessoas que vivenciaram diretamente o evento que está sendo estudado", ou secundários, "quando coletados por pessoas que não estavam presentes por ocasião da sua ocorrência (grifo da autora).

Pádua (2011, p. 69) explica que documento [...] é toda base de conhecimento fixado materialmente e suscetível de ser utilizado para consulta, estudo ou prova (grifo do autor). Appolinário (2009, p. 67) define documento como sendo "Qualquer suporte que contenha informação registrada, formando uma unidade, que possa servir para consulta, estudo ou prova. Incluem-se nesse universo os impressos, os manuscritos, os registros audiovisuais e sonoros, as imagens, entre outros".

O *corpus* investigativo compõe-se pelos documentos apresentados no quadro 2.

QUADRO 2: Constituição do *corpus* investigativo

Documentos
• Missão, Visão e Valores Institucionais da UNOESC
• Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI).
• Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES).
• Balanço Social FUNOESC 2015

Fonte: Dados primários

Considerando os princípios institucionais da UNOESC, seu PDI, somados ao Balanço Social da FUNOESC - mantenedora da UNOESC-, aliado ao que preconizado o SINAES em correlação com os fundamentos teóricos que sustentam este trabalho, será refinado o olhar da contribuição efetiva das IES de caráter comunitário no que concerne a consolidação da RSU.

4 OS PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS DA UNOESC (MISSÃO, VISÃO E VALORES) O PLANO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL (PDI) E O COMPROMISSO COM A RESPONSABILIDADE SOCIAL UNIVERSITÁRIA

A UNOESC instituição reconhecidamente de utilidade pública, trabalha em prol da coletividade, entidade filantrópica, que permite conceder benefícios, como bolsas de estudos e modalidades de assistência social. Conta atualmente com cinco Campi: Joaçaba, Videira, Xanxerê, São Miguel do Oeste e Chapecó, com a missão de "formar pessoas, produzir conhecimento e oferecer extensão e serviços, promovendo o desenvolvimento institucional e regional" (UNOESC, 2013).

A missão expressa à finalidade maior a que uma instituição universitária é chamada a responder. Dessa forma, ela transcende a realidade contingente e transitória, possui caráter de utopia, no sentido de que é possível pensar e projetar a instituição no presente e no futuro. A missão para a qual a UNOESC foi constituída tem a ver com a sua história, com a sua identidade e com os seus fins.

A UNOESC tem previsto em seu PDI (Unoesc, p.25) a visão de "ser uma universidade reconhecida pela excelência acadêmica e atuação como agente de desenvolvimento regional." O desenvolvimento da instituição vai além das construções que edificou ao longo desses anos, ele se manifesta, igualmente, na transformação da cultura, do conhecimento, das condições de formação das pessoas que tiveram acesso ao ensino superior e das condições de melhoria da qualidade de vida pessoal e profissional das pessoas. A visão expressa às expectativas os desejos da comunidade acadêmica e da sociedade em relação a um futuro desejável e possível para a instituição.

Os valores são princípios de conduta construídos e seguidos pelos colaboradores da instituição, dando identidade e credibilidade à instituição, devem ser significativos, compartilhados e duradouros, portanto, a UNOESC nasceu e cresceu alicerçada em seus valores baseados na ética, no humanismo, na cooperação, no comprometimento, na responsabilidade social, na inovação e na solidez. (UNOESC, 2013).

A identidade comunitária da UNOESC se reflete nas ações que desenvolve nas áreas da educação, saúde, assistência social, tecnológica, ambiental, cultural e de lazer, seu objetivo é difundir o conhecimento e levar qualidade de vida às pessoas, preservado seus valores.

As ações da UNOESC sempre foram alicerçadas na possibilidade de oferecer o melhor à população da mesorregião Oeste catarinense, criando condições e perspectivas para o desenvolvimento das regiões, em seu PDI – Plano de Desenvolvimento Institucional (2013-2017), no item 2.8, aborda especificamente sobre a responsabilidade social da instituição, onde a função social da UNOESC extrapola a sua missão de formar pessoas, produzir e difundir o conhecimento. Por ser uma instituição comunitária, a UNOESC permeia a vida da comunidade regional, compõe o tecido social presente no cotidiano de famílias, empresas e organizações. (UNOESC, 2013).

Nesse sentido, UNOESC (2013) destaca que os programas desenvolvidos pela instituição são voltados à política de integração da instituição com a comunidade. Os projetos políticos pedagógicos dos cursos, os estágios, os Trabalhos de Conclusão de Curso (TCCs), as monografias dos cursos de graduação e pós- graduação e as dissertações de mestrado, teses de doutorados se voltam para as problemáticas regionais, promovendo uma integração significativa entre a comunidade e a UNOESC, além de articular o ensino, a pesquisa e a extensão.

Destacam-se na tabela 01, alguns programas de alcance social - serviços de gratuidades e assistência social -, desenvolvidos pela UNOESC em 2015, voltados para a comunidade local e

regional:

Tabela 01 – Programa de alcance social

Serviços Gratuitos de Assistência Social	Total
Serviço de atendimento de odontologia	5.150
Serviço de atendimento de Psicologia	1.246
Serviço de atendimento fisioterapia	1.124
Serviço de atendimento de Educação Física (escola educação básica, laboratórios, academia, grupos diversos)	11.933
Serviço de atendimento de medicina (AMU)	3.073
Atendimento de saúde animal	390
Serviço de atendimento de enfermagem	2.253
Ciências Biológicas	1.580
Serviço de atendimento ao idoso	230
Serviço de Assistência Jurídica à Comunidade	6.730
Atividades desenvolvidas em parceria (rua de lazer, UMIC, Peti e Verde Vida)	2.118
Atividades desenvolvidas em parceria (assessorias e campanhas publicitárias)	20
Exames e laudos técnicos	12.527
Total	**48.374**

Fonte: FUNOESC Balanço Social, 2015.

Além da evidente relevância dos serviços prestados pelos programas de alcance social listados para os moradores da região de abrangência da UNOESC, chama atenção a soma de 48.374 atendimentos, demonstrando a evidente relação da Universidade com o meio social, regional onde atua.

Na tabela 02, destacam-se os atendimentos de apoio pedagógico e social empreendidos para seus estudantes:

Tabela 02 - Apoio pedagógico e social

Atividades	Total de alunos 2015
Apoio psicológico	137
Apoio na colocação e moradia	398
Total	**535**

Fonte: FUNOESC Balanço Social, 2015

Constata-se abrangência e suporte no apoio psicológico, de colocação e moradia para os estudantes, assistência fundamental para viabilizar a permanência do estudante na Universidade, valorizando os meios internos para a consolidação dessa ação.

Nesse sentido, a tabela 03, apresenta o suporte que a UNOESC oferece para a inserção dos seus estudantes ao mercado de trabalho:

Tabela 03 - Apoio para a inserção ao mercado de trabalho

Atividades	Total de alunos 2015
Encaminhamento ao mercado de trabalho	432
Encaminhamento para estágios	1.710
Encaminhamento à monitoria	137
Total	**2.279**

Fonte: FUNOESC Balanço Social, 2015

Foram encaminhamos 2279 estudantes para o mercado de trabalho via estágios, monitorias e trabalho formal. Essa ação se consolida como mais um elemento integrador e propulsor da melhoria da renda e, por conseguinte da melhoria na qualidade de vida dos estudantes beneficiados. Por outro lado, a sociedade se beneficia visto a inserção de profissionais com habilidades e competências distintas.

Soma-se a este rol de serviços, atendimentos e encaminhamentos, os procedimentos hospitalares dispensados a comunidade carente em geral, via atendimentos pelo do Sistema Único de Saúde – SUS, pelo Hospital Universitário Santa Terezinha (HUST), mantido pela FUNOESC a serviço da UNOESC.

UNILASALLE CANOAS-RS

Além, de contribuir para o curso de Medicina, o Hust atende atualmente 55 municípios da região, abrangendo cerca de 600 mil habitantes. Em 2015, o HUST contava com 136 leitos, com uma média de ocupação de 72,09%, atendendo a 50.521 pacientes, sendo referência no tratamento em Oncologia. No último ano foram 11.706 pacientes atendidos nesta especialidade. Realizaram-se ainda 6.265 sessões de hemodiálise. Estes números corroboram a importância do HUST para a região de atuação e abrangência da UNOESC.

4.1 O papel das IES de caráter comunitário para a consolidação da RSU

Ao analisar o caso da UNOESC, uma Universidade de caráter comunitário, criada por Lei Municipal e gerida pela sociedade organizada e comunidade acadêmica, no tange a sua atuação com o meio social, é possível perceber que o estreito relacionamento desse tipo de IES – de caráter comunitário-, com a RSU. Trata-se de um apurado retrato de ações sociais de diversas áreas do conhecimento que perpassam os limites das salas de aula e espaços físicos e adentram o tecido social das pessoas menos favorecidas.

A UNOESC apresenta sua intensa e necessária relação com a Responsabilidade Social, visto perceber na sua missão elementos como "formar pessoas, produzir conhecimento e oferecer extensão e serviços, promovendo o desenvolvimento institucional e regional" (UNOESC, 2013). Alinhado com essa perspectiva, no seu PDI – Plano de Desenvolvimento Institucional (2013-2017) é destaque que a "[...] a responsabilidade social da instituição, onde a função social da UNOESC extrapola a sua missão de formar pessoas, produzir e difundir o conhecimento". Seu caráter comunitário indica que sua interação com a sociedade permeia a vida da comunidade regional, compõe o tecido social presente no cotidiano de famílias, empresas e organizações. Complementarmente, sua visão de futuro ampara e valoriza "[...] a excelência acadêmica e atuação como agente de desenvolvimento regional." Todos estes elementos são amparados por valores como: "ética, no humanismo, na cooperação, no comprometimento, na responsabilidade social, na inovação e na solidez" (UNOESC, 2013).

A partir dessas ponderações, percebe-se que projetos de ação comunitária, atendimento e serviço social, oferecem informações e suporte formativo, transitando por inúmeras práticas interdisciplinares, com um público carente, deveras restrito de oportunidades de integração social e reintegração social, que há muito não aventavam a possibilidade de contato direto com a cidadania.

Evidencia-se, portanto, que as IES comunitárias, ao estimular ações sociais similares ao desenvolvido pela UNOESC, cumprem e operacionaliza seu papel institucional de indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 207, "[...] obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão", princípio reforçado por Moita e Andrade (2013), Andes (1982), Pucci (1991) e Raye (2003).

Nesse horizonte, este texto demonstra a importância da extensão universitária, percebendo ser este um dos caminhos que visa o fortalecimento da relação universidade e sociedade priorizando a superação das condições de desigualdade e exclusão existentes, por meio de projetos sociais, socializa seu conhecimento e disponibiliza serviços, exercendo sua responsabilidade social, cumprindo sua missão de melhorar a vida dos cidadãos. (SERRANO, 2013; JEZINE, 2004; RAYS, 2003).

Ao considerarmos que a Responsabilidade Social Universitária, segundo a visão compartilhada por Kliksberg (2006), Vallaeys (2006), Carrizo (2006) apresenta como características essenciais à promoção social com princípios éticos, sustentáveis, justos e de desenvolvimento social, alicerçando o processo de ensino e aprendizagem para a transmissão de saberes com vistas à formação de cidadãos também responsáveis socialmente, contribuindo para a diminuição das desigualdades sociais e de oportunidades, associadas diretamente ao desenvolvimento humano, fica a percepção que as IES comunitárias quando se apropriam de práticas que envolvam seus preceitos constitutivos, cursos, professores e estudantes num esforço continuo para a melhoria das condições de vida das pessoas onde

atua, permitem a apropriação dos pressupostos da RSU por todos que se relacionam com a IES, interferindo positivamente na qualidade do ensino oferecida pelas IES e acumulada pelos estudantes.

Constata-se, portanto, fortes indícios que ações sociais a exemplo do praticado pela UNOESC, visto em FUNOESC (2015), se traduzem em elementos preponderantes para a consolidação da RSU com os quais Kliksberg (2006), Vallaeys (2006) e Carrizo (2006) corroboram e destacam: responsabilidade social deve partir do individual para o coletivo, isto é, a pessoa compromete-se individualmente e coletivamente com ações sociais, seja no ambiente de trabalho, na rua, em casa etc. A prática de responsabilidade social vai além da postura legal da instituição, pois significa uma mudança de atitude, numa perspectiva da qualidade das relações e da geração de valores para a sociedade. A responsabilidade social ajuda na construção de uma sociedade mais justa e melhor para todos. Elementos que devem ser continuamente estimulados pelas IES de caráter comunitário para a consolidação da dimensão 3 Responsabilidade Social da Instituição de Ensino Superior (IES), prevista no SINAES (2004).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a emergência social de soluções a problemas prementes das pessoas, induz para que as IES comunitárias assumam a sua responsabilidade nesse processo, influenciando sua prática de gestão, comprometendo-se por meio da sua visão, missão e documentos institucionais como o PDI, com os reflexos perversos de uma sociedade de grandes desigualdades, sendo capaz de suportar, em certa medida, os excluídos pela pobreza, pela fome, pela falta de segurança, pelas enfermidades e pela falta de garantias de seus direitos sociais. Para tal feito, se apresenta necessária a incorporação de preceitos éticos e de cidadania alinhados à realidade social, suportando o ensino, a pesquisa e a extensão universitária, enraizando culturalmente essas práxis. (CALDERÓN, 2006; KLIKSBERG, 2006, VALLAEYS, 2006).

A partir deste ideário, foi possível perceber que a UNOESC, em seus princípios constitutivos e documentos oficiais, fomenta a qualidade do ensino por meio da valorização da formação cidadã orientada para a inserção social. Constatou-se que a consolidação da RSU em IES comunitárias passa necessariamente pelo olhar atento da gestão aos preceitos constitutivos das IES associados ao princípio da indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, elementos constitutivos e findos das universidades, que quando não executados adequadamente, contrariam e violam o preceito legal; que projetos de Ensino, Pesquisa e Extensão de cunho inter e transdisciplinar, apresentam forte contribuição para a consolidação da Qualidade do Ensino e da RSU.

A constatação verificada no artigo 207 da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre o princípio da "[...] princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão", aliada ao necessário cumprimento do que dispõe o Eixo 2, Desenvolvimento Institucional e respectivas Dimensões 1 e 3: Missão e o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e a Responsabilidade Social da Instituição, previsto no SINAES (2004), acenam para um olhar mais pragmático das Instituições de Ensino Superior (IES), em especial as Universidades com características comunitárias, no que tange às ações empreendidas para a efetiva contribuição para o Desenvolvimento Social e, por conseguinte o cumprimento deste preceito legal.

Evidencia-se que a consolidação da RSU passa necessariamente pelo olhar atento da gestão dos princípios da indissociabilidae entre o ensino, pesquisa e extensão, elementos constitutivos e findos das universidades, que quando não executados adequadamente, contrariam e violam o preceito legal (ANDES, 1982; PUCCI, 1991; MOITA e ANDRADE, 2013). Complementarmente, restou claro que programas de alcance sociais, apoio para a inserção ao mercado de trabalho e todas as atividades desenvolvidas pelo HUST, conforme relatado e previsto em FUNOESC (2015), apresentam forte contribuição para a consolidação da RSU, observando a gama de atividades desenvolvidas para uma

população de pessoas com dificuldade de acesso a serviços essenciais, distantes dos valores e princípios éticos, sustentáveis, de justiça, de formação cidadã e responsáveis socialmente, de conscientização ambiental, priorizando o desenvolvimento humano saudável e social, elementos apregoados por Kliksberg (2006), Vallaeys (2006) e Carrizo (2006) Calderón (2006). Trata-se de reflexos que transitam entre o atendimento fim de uma demanda específica, mas também de formação, empunhados pelo trânsito em diversas áreas do conhecimento, que ações dessa natureza proporcionam.

Também ficou claro que, isoladamente, projetos de Extensão universitária não atingem na plenitude o compromisso social das Universidades, pontualmente as comunitárias *lócus* deste estudo, se tratam de iniciativas válidas e robustas pela capacidade de envolvimento e trabalho concentrado nos princípios basilares da RSU, mas demonstram certo distanciamento em alguns aspectos transversais no que se refere a princípios e valores que oferecem suporte à gestão universitária e consolidação da RSU segundo a visão de Calderón (2006), Carrizo (2006) e Vallaeys (2006). Complementarmente, evoca-se o princípio da indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão, que indistintamente devem incorporar ações que promovam Desenvolvimento Social.

Paralelamente, restou evidente que o exercício dos princípios da RSU: gestão da qualidade organizacional e da vida institucional; formação docente e acadêmica; pesquisa e produção de conhecimento; projeção social e o voluntariado; aproximando-se do ideário de consolidação e elevação da Qualidade do Ensino oferecendo suporte de grande valia para as IES comunitárias.

REFERÊNCIAS

ANDES, CADERNOS DA. Proposta das AD's e da ANDES para a Universidade Brasileira. Juiz de Fora, n. 2, 1982.

ASHLEY, Patrícia; FERREIRA, Roberto; REIS, Helvécio. Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: Oportunidades para a responsabilidade social na gestão estratégica de instituições de ensino superior. Revistas Gerenciais, São Paulo, v. 5, p. 23-35, 2006.

BOTOMÉ, Sílvio Paulo. Pesquisa alienada e ensino alienante: o equívoco da extensão universitária. Petrópolis: Vozes, 1996.

BRASIL. Lei nº. 10.861, de 14 de abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 abr. 2004.

BRASIL. Lei Nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez.

BRASIL. Ministério da Educação. Câmara Nacional de Educação Básica. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: da concepção à regulamentação. Brasília: Inep, 2004.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE). Planejando a Próxima Década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação, Brasília, 2014.

CANOAS-RS

BRASIL. Plano de Desenvolvimento da Educação. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CALDERÓN, Adolfo Ignácio. Responsabilidade Social Universitária: Contribuições Para o Fortalecimento do Debate. Revista Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior. Estudos, 2006.

CALDERÓN, Adolfo Ignácio. Universidades mercantis: a institucionalização do mercado universitário em questão. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 14, n. 1, 2000.

CARRIZO, Luís. Conhecimento e responsabilidade social: ameaças e desafios para a universidade transdisciplinar. Estudos, Brasília-DF, ano 24, n. 36, p. 76-89, mar. 2006.

DRUCKER, P. F. O melhor de Peter Drucker: A administração. São Paulo: Nobel, 2009.

FERNANDES, Florestan. Universidade brasileira: reforma ou revolução. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

FREIRE, Paulo. Educação e Mudança. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. 46p.

FUNOESC. Balanço Social. Joaçaba: Unoesc, 2015.

GADOTTI, Moacir. Interdisciplinaridade: atitude e método. São Paulo: Instituto Paulo Freire. Disponível: <www.paulofreire.org>. Acesso em: 20 Nov. 2013.

KLIKSBERG, Bernardo. A ética e a responsabilidade social da universidade. Estudos. Revista da Associação Brasileira de Mantenedores de Ensino Superior. Brasília-DF, Ano 24, n. 36, p. 23-25, mar./2006.

MOITA, Filomena Maria Gonçalves da Silva Cordeiro. ANDRADE, Fernando Cézar Bezerra de. A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão: o caso do estágio de docência na pós-graduação. Revista Olhar de Professor, v. 16, n. 2 (2013).

MORIN, Edgar. Estamos em un Titanic? In: KLIKSBERG, Bernardo. Ética y desarrollo: la relación marginada. Buenos Aires: El Ateneo, 2002, p. 143-148.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – OEI. A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: Metas Educativas 2021, 2008.

PUCCI, Bruno. A indissociabilidade entre Ensino Pesquisa e Extensão. Impulso, Piracicaba, p. 33-42, 1991.

RAYS, Oswaldo Alonso. Ensino Pesquisa Extensão: notas para pensar a indissociabilidade. Cadernos de Educação Especial/Universidade Federal de Santa Maria. Departamento de Educação Especial/LAPEDOC. Vol. 1 - nº 19 (2002) - 114 p. Santa Maria. Edição: n° 21. 2003.

UNILASALLE CANOAS-RS

RISTOFF, Dilvo; GIOLO, Jaime. O Sinaes como Sistema. Revista Brasileira de Pós-Graduação; Brasília, v. 3, n. 6, p. 193-213, dez. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem Jomtien. Brasília: UNESCO, 1990.

UNOESC. Plano de Desenvolvimento Institucional da Unoesc. Joaçaba: Unoesc, 2013.

VALLAYES, F. Que significa responsabilidade social universitária? Estudos. Revista da Associação Brasileira de Mantenedores de Ensino Superior. Brasília-DF, ano 24. nº 36. Junho, pp.35-56, 2006.

WAGENBERG, Alan. A urgência da responsabilidade social universitária. Estudos, Brasília, DF, ano 24, n. 36, mar. p. 27-34, 2006.

YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e método. Porto Alegre: Bookman, 2003.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E O MARCO DE AÇÃO DE DAKAR: METAS, AVANÇOS E DESAFIOS.

Clóvis Trezzi [1]
Marcelo Cesar Salami [2]
Jardelino Menegat [3]
Dirléia Fanfa Sarmento [4]

RESUMO: O presente estudo visa analisar o ideário educacional presente no documento *Marco de Ação de Dakar: cumprindo nossos compromissos coletivos*, destacando nesse ideário as metas e estratégias delineadas para os países signatários de forma a viabilizar o direito de todas as pessoas à educação de qualidade e o direito de aprender. Visa, também, refletir sobre as metas atingidas pelo Brasil e aquelas que ainda se constituem em desafios, em termos de efetivação, no contexto nacional. As reflexões apresentadas são oriundas de uma pesquisa documental que tem como foco analítico-discursivo o direito à educação de qualidade, compreendida a partir do que preconizam os Marcos Regulatórios da Educação, nos âmbitos nacional e internacional, refletindo sobre as decorrências do que estabelecem tais Marcos para a ação educativa nos diferentes contextos. Constituem o *corpus* investigativo do estudo os dispositivos legais difundidos a partir da década de noventa, os quais são analisados com base na Técnica da Análise de Conteúdo, proposta por Bardin. A análise dos dados indica que do conjunto das seis metas estabelecidas para serem alcançadas até 2015 o Brasil atingiu somente duas: a) Alcançar a educação primária universal, particularmente para meninas, minorias étnicas e crianças marginalizadas; e b) Alcançar a paridade e a igualdade de gênero. Os dados demonstram que o Brasil possui vários desafios para efetivar uma educação com qualidade social, sendo necessário projetar e desenvolver estratégias e mecanismos que viabilizem superar as dificuldades e limitações que inviabilizaram o cumprimento das metas estabelecidas por meio do Marco de Ação de Dakar, a serem cumpridas até o ano de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: direito à educação, educação de qualidade, metas educativas, marcos regulatórios de educação.

1 INTRODUÇÃO

O texto apresenta reflexões sobre o ideário educacional presente no documento *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: cumprindo nossos compromissos coletivos*, decorrente do Fórum Mundial de Educação realizado em Senegal, no ano de 2000. Destaca, nesse ideário as metas delineadas para os países signatários de forma a viabilizar o direito de todas as pessoas a uma educação de qualidade e o direito de aprender. Visa, também, refletir sobre as metas atingidas pelo Brasil e aquelas que ainda se constituem em desafios, em termos de efetivação, no contexto nacional.

A mobilização internacional em prol da educação compreendida como um direito de todos ganha maior ênfase a partir da década noventa, tendo como principal referência o disposto na Declaração

1Doutorando em Educação pelo Centro Universitário La Salle (Canoas/RS). Mestre em Educação pela Universidade da Cidade de São Paulo – UNICIDE. E-mail: clovis.trezzi@lasalle.org.br.

2Doutorando em Educação pelo Centro Universitário La Salle (Canoas/RS). Mestre em Educação pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – UNISINOS – São Leopoldo – RS. E-mail: marcelo.salami@lasalle.org.br

3 Doutorando em Educação pelo Centro Universitário La Salle (Canoas/RS). Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Reitor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – UNILASALLE – RJ. Chanceler da Universidade Católica de Brasília – UCB. E-mail: jardelino.menegat@lasalle.org.br.

4 PhD em Ciência da Educação pela Universidade de Algarve – Portugal. Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora do Programa de Pós-graduação em Educação do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE, Canoas – RS. E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br.

Universal dos Direitos Humanos (1948) e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989). Várias mobilizações foram realizadas pela comunidade internacional, gerando um conjunto de dispositivos que ainda estão em vigor e se constituem como referência em termos de metas a serem alcançadas pelos países signatários. Dentre tais dispositivos, além do *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: cumprindo nossos compromissos coletivos* (2000), foco analítico desse texto, destacamos a *DeclaraçãoMundial de Educação para Todos:Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem* (1990); a *Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as Metas Educativas 2021* (2008);a Declaração de Incheon- Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos.

No preâmbulo do documento da *Conferência Mundial de Educação para Todos:Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem*, é explicitada a seguinte constatação:

> Há mais de quarenta anos as nações do mundo afirmaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos que "toda pessoa tem direito à educação". No entanto, apesar dos esforços realizados por países do mundo inteiro para assegurar o direito à educação para todos, persistem as seguintes realidades: • mais de 100 milhões de crianças, das quais pelo menos 60 milhões são meninas, não têm acesso ao ensino primário: mais de 960 milhões de adultos - dois terços dos quais mulheres - são analfabetos, e o analfabetismo funcional é um problema significativo em todos os países industrializados ou em desenvolvimento: • mais de um terço dos adultos do mundo não têm acesso ao conhecimento impresso, às novas habilidades e tecnologias, que poderiam melhorar a qualidade de vida e ajudá-los a perceber e a adaptar-se às mudanças sociais e culturais: e • mais de 100 milhões de crianças e incontáveis adultos não conseguem concluir o ciclo básico, e outros milhões, apesar de concluí-lo, não conseguem adquirir conhecimentos e habilidades essenciais. (grifo do documento).

A ênfase dada pelo documento à Educação Básica está fundamentada na ideia de que ela é a "base para a aprendizagem e o desenvolvimento humano permanentes, sobre a qual os países podem construir, sistematicamente, níveis e tipos mais adiantados de educação e capacitação".(Artigo 1, alínea 4). Dessa forma, aspectos tais como a universalização do acesso à educação e a promoção da equidade; o foco na aprendizagem, propiciando condições para que ela ocorra, tendo presente as características e necessidades de cada educando; a adoção de sistemas de monitoramento da aprendizagem; a atenção à educação da infância e o estabelecimento de redes de cooperação são considerados fundamentais para a oferta de educação básica de qualidade. Os participantes da Conferência reafirmam que:

> [...] a educação é um direito fundamental de todos, mulheres e homens, de todas as idades, no mundo inteiro, entendendo que a educação pode contribuir para conquistar um mundo mais seguro, mais sadio, mais próspero e ambientalmente mais puro, e que, ao mesmo tempo, favoreça o progresso social, econômico e cultural, a tolerância e a cooperação internacional. Sabendo que a educação, embora não seja condição suficiente, é de importância fundamental para o progresso pessoal e social, reconhecendo que o conhecimento tradicional e o patrimônio cultural têm utilidade e valor próprios, assim como a capacidade de definir e promover o desenvolvimento. Admitindo que, em termos gerais, a educação que hoje é ministrada apresenta graves deficiências, que se faz necessário torná-la mais relevante e melhorar sua qualidade, e que ela deve estar universalmente disponível. Reconhecendo que uma educação básica adequada é fundamental para fortalecer os níveis superiores de educação e de ensino, a formação científica e tecnológica e, por conseguinte, para alcançar um desenvolvimento autônomo; e reconhecendo a necessidade de proporcionar às gerações presentes e futuras uma visão abrangente de educação básica e um renovado compromisso a favor dela, para enfrentar a amplitude e a complexidade do desafio. (DECLARAÇÃO MUNDIAL DE EDUCAÇÃO PARA TODOS, 1990).

O documento *Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as Metas Educativas 2021* surge, em 2008, quando se celebram os 200 anos da vinda da Corte portuguesa ao Brasil e quando vários países ibero-americanos se preparam para celebrar o bicentenário de sua independência. O documento coloca como horizonte o ano de 2021, no qual outros países ibero-americanos viverão uma comemoração similar, isto é, o bicentenário das independências.

> A situação dos países ibero-americanos não é homogênea. Enquanto alguns têm rendimentos inferiores aos dos países desenvolvidos, outros, mais atrasados, encontram-se realizando importantes avanços em termos de educação. Um terceiro conjunto de países enfrenta, ainda, uma situação dramática tanto no que se refere às taxas de cobertura dos diferentes níveis quanto no que se refere às suas desigualdades internas. Este quadro de situação emerge com inescapável clareza nos níveis inicial médio e superior. O atraso educacional da população ibero-americana é enorme. A percentagem de pessoas analfabetas situa-se ao redor de 34 milhões de pessoas, o que supõe quase 10% da população. Existem diferenças muito significativas entre os países como também dentro dos mesmos países. Além disso, 40% dos jovens e adultos da região, cerca de 110 milhões, não terminaram seus estudos de Ensino Fundamental. (OEI, 2008, p.12).

O documento apresenta um conjunto de 11 metas gerais quese desdobram em 27 metas específicas e 38 indicadores, com a projeção de um nível de êxito a ser alcançado pelos países até 2021. Estes níveis de êxito "formulam-se em diferentes graus, com a finalidade de adequar-se à situação inicial dos países. Uma importante tarefa posterior será que cada um dos países defina o nível de êxito específico que pretende conseguir". (OEI, 2008, p.76).

Por fim, na *Declaração de Incheon - Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos.* A Declaração de Incheon reafirma que a educação é o principal impulsionador para o desenvolvimento de um país, e assume o compromisso com a defesa de uma educação de qualidade e com a melhoria dos resultados de aprendizagem. A grande meta da Declaração de Incheon é chegar em 2030 oferecendo educação de qualidade inclusiva e equitativa e educação ao longo da vida para todos. E, termina a Declaração, afirmando:

> Baseada no legado de Jomtien e Dakar, esta Declaração de Incheon é um compromisso histórico de todos nós com a transformação de vidas por meio de uma nova visão para a educação, com ações ousadas e inovadoras, para que alcancemos nossa ambiciosa meta até 2030. (UNESCO, Declaração de Incheon, 2015).

Feitas tais considerações, o texto apresenta a seguinte estrutura: inicialmente, contextualizamos a temática analítica-discursiva. A seguir, apresentamos reflexões atinentes ao documento Marco de Ação de Dakar, o qual se constitui no *corpus* investigativo do estudo. Na sequência, descrevemos a metodologia adotada. Posteriormente, explicitamos as metas alcançadas pelo Brasil e aquelas que merecem mais atenção dos gestores da educação, considerando que não foram atingidas. Por fim, salientamos algumas considerações finais com base na reflexão apresentada ao longo do texto.

2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

As reflexões apresentadas se constituem no recorte de uma pesquisa documental que tem como foco analítico-discursivo o direito à educação de qualidade, compreendida a partir do que preconizam os Marcos Regulatórios da Educação, nos âmbitos nacional e internacional. No texto em tela, direcionamos nosso olhar para o documento *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: cumprindo nossos compromissos coletivos* (2000), discutindo as metas educacionais não atingidas pelo

Brasil.Pádua (2011, p. 69) explica que documento "é toda a base de conhecimento fixado materialmente e suscetível de ser utilizado para *consulta, estudo ou prova*" (grifo do autor). Appolinário (2009, p. 67) define documento como sendo "qualquer suporte que contenha informação registrada, formando uma unidade, que possa servir para consulta, estudo ou prova. Incluem-se nesse universo os impressos, os manuscritos, os registros audiovisuais e sonoros, as imagens, entre outros".

Conforme Godoy (1995, p. 23): "a escolha dos documentos não é um processo aleatório, mas se dá em função de alguns propósitos, ideias ou hipóteses". Considerando que o Marco de Ação é um documento que estabelece metas a serem cumpridas por todos os países signatários, e que estas estão sendo monitoradas através de relatórios anuais, entendemos ser um Marco Regulatório de Educação central em nível mundial.Para a análise das temáticas extraídas do material selecionado utilizamos a Técnica de Análise de Conteúdo proposta por Bardin (1988). A análise de conteúdo configura-se num conjunto de técnicas que possibilita, por meio de procedimentos sistemáticos de descrição do conteúdo, a realização de inferências acerca da produção e/ou recepção de determinada mensagem (BARDIN, 1988). Posto isto, na próxima seção, apresentamos o documento foco de nossa análise.

3 MARCO DE AÇÃO DE DAKAR EDUCAÇÃO PARA TODOS: CUMPRINDO NOSSOS COMPROMISSOS COLETIVOS

No Fórum Mundial de Educação, ocorrido em Senegal (Dakar), no ano de 2000, foram retomados os objetivos e as metas assumidos por ocasião da Conferência Mundial de Educação para Todos (1990), mundialmente conhecida como EPT. De acordo com os participantes desse Fórum:

> O Marco de Ação de Dakar é um compromisso coletivo para a ação. Os governos têm a obrigação de assegurar que os objetivos e as metas de EPT sejam alcançados e mantidos. Essa responsabilidade será atingida de forma mais eficaz através de amplas parcerias no âmbito de cada país, apoiada pela cooperação com agências e instituições regionais e internacionais.

CANOAS-RS

Nesse Fórum os participantes concluíram que pouco se havia avançado em termos de concretização do que fora proposto pelo EPT, sendo necessário reafirmar o compromisso assumido na Conferência Mundial de Educação para Todos, realizada em 1990, em Jomtien (Tailândia). Nessa perspectiva, o Marco de Ação de Dakar enfatiza que:

> A visão de Jomtien continua pertinente e poderosa. Fornece uma perspectiva ampla e abrangente da educação e de seu papel crítico na outorga de poder aos indivíduos e na transformação das sociedades. Entre seus princípios essenciais encontram-se o acesso universal à aprendizagem; a atenção especial sobre equidade; a ênfase sobre os resultados da aprendizagem; a ampliação dos recursos e da esfera de ação da educação fundamental; a maior importância ao ambiente para o ensino; e o fortalecimento das parcerias. Lamentavelmente, a realidade tem focado aquém dessa visão: a milhões de pessoas ainda é negado o direito à educação e às oportunidades que ela dá para que se viva uma vida mais segura, mais saudável, mais produtiva e mais satisfatória. Essa eficiência tem múltiplas causas: débil vontade política, recursos financeiros insuficientes e utilização ineficiente dos disponíveis, encargos da dúvida, atenção inadequada às necessidades de ensino dos pobres e excluídos, falta de atenção à qualidade do ensino e ausência do compromisso de superar as disparidades de gênero. Não resta dúvida de que são tremendos os obstáculos para alcançar a Educação para Todos. Contundo, eles podem e devem ser superados. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15).

O documento reafirma a concepção de que:

> A educação é um direito humano fundamental e constitui a chave para um desenvolvimento sustentável, assim como para assegurar a paz e a estabilidade dentro de cada país e entre eles, e, portanto, meio indispensável para alcançar a participação efetiva nas sociedade e economias do século XXI afetadas pela rápida globalização. Não se pode mais postergar esforços para atingir as metas de EPT. As necessidades básicas da aprendizagem podem e devem ser alcançadas com urgência. (UNESCO, CONSED, 2001).

Diante disso, o Marco de Ação de Dakar estabelece um conjunto de seis metas de natureza global, "as quais estabelecem um Marco de Ação destinado a permitir que todos os indivíduos realizem seu direito a aprender e cumpram sua responsabilidade de contribuir para o desenvolvimento de sua sociedade". (UNESCO, CONSED, 2001).

Ao colocar como primeira meta aos países signatários – *expandir e melhorar o cuidado e a educação da criança pequena, especialmente para as crianças mais vulneráveis e em maior desvantagem –,* o documento parte do pressuposto de que "a assistência e educação de boa qualidade para a primeira infância, tanto na família como em programas mais estruturados, têm impacto positivo na sobrevivência, e no crescimento, desenvolvimento e potencial de aprendizagem das crianças." (UNESCO, CONSED, 2001, p. 18). Dessa forma, é essencial a articulação entre o cuidado e a educação da criança pequena, proporcionando, especialmente àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade, a possibilidade de serem criadas "em ambientes seguros e amigáveis que lhes permitam tornarem-se saudáveis, ativas e confiantes e serem capazes de aprender". Dessa forma, a universalização da Educação Infantil, tornando-a obrigatória a partir dos quatro anos, gratuita e de qualidade, requer, dentre outros aspectos, profissionais qualificados, ambientes adaptados e condizentes com a faixa etária atendida, um projeto e uma organização pedagógica que contemple as especificidades infantis.

A segunda meta *–assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e crianças em circunstâncias difíceis, tenham acesso à educação primária, obrigatória, gratuita e de boa qualidade até o ano 2015 –*,está pautada na ideia que "o direito à educação impõe aos Estados a obrigação de garantir que todos os cidadãos tenham oportunidade de satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem". (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15). Portanto, é necessário ter presente que:

> A ninguém deve ser negada a oportunidade de completar a educação primária de boa qualidade por não dispor de recursos para isso. O trabalho infantil não deve ser empecilho à educação. A inclusão de crianças com necessidades especiais provenientes de minorias étnicas e populações migrantes desfavorecidas, de comunidades remotas e isoladas, de favelas e cortiços urbanos e de outras populações excluídas da educação. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 18-19).

Disso resulta que não basta garantir o acesso das crianças à escola, mas urge assegurar sua permanência e o sucesso na vida escolar, o que nos remete ao direito à aprendizagem. Nessa perspectiva, é possível constatar a existência de uma

> [...] forte correlação entre o baixo nível de matrícula, a retenção deficiente e os resultados insatisfatórios de aprendizagem, e a incidência da pobreza. Contudo a experiência na década pós-Jomtien demonstrou que se pode consolidar um progresso significativo em direção à Educação para Todos onde há um compromisso político forte, respaldado por novas parcerias com a sociedade civil e por apoio mais estratégico da parte dos órgãos financeiros. É evidente, também, que a garantia de que meninas e meninos se beneficiem igualmente da educação exige nada menos do que a integração da preocupação com a igualdade de gênero no projeto e implementação das políticas e estratégias setoriais. É evidente a importância de coletar e analisar cuidadosamente dados confiáveis desagregados quanto ao gênero em níveis nacional, regional ou estadual. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15).

A terceira meta – *assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso equitativo à aprendizagem apropriada, a habilidades para a vida e programas de formação para a cidadania* –traz à tona a problemática a ser superada, relativa ao acesso, a permanência e a aprendizagem de jovens e adultos que não tiveram condições de concluir, na idade prevista, o seu processo educativo. Nesse sentido, o documento destaca que:

> A todos os jovens e adultos deve ser dada a oportunidade de obter conhecimento e desenvolver valores, atitudes e habilidades que lhes possibilitem melhorar suas capacidades para o trabalho, para participar plenamente de sua sociedade, para deter o controle de sua própria vida e para continuar aprendendo. Não se pode esperar que país algum se desenvolva como economia moderna e aberta sem ter certa proporção de sua força de trabalho com educação secundária completa. Na maioria dos países, isso exige uma expansão do sistema secundário. [...] a educação de adultos e a educação permanente precisam ser bastante ampliadas, diversificadas e integradas à tendência dominante das estratégias de educação nacional e de redução da pobreza. Deve ser mais amplamente reconhecido o papel vital desempenhado pela alfabetização na aprendizagem por toda a vida, em modos de vida sustentáveis, na boa saúde, na cidadania ativa e na melhor qualidade de vida dos indivíduos, comunidades e sociedades. A alfabetização e a educação permanente são essenciais para a outorga de poder às mulheres e para a igualdade entre os gêneros. Devem ser fomentadas ligações mais estreitas entre abordagens formais, não formais e informais da aprendizagem para atender às diversas necessidades e circunstâncias dos adultos. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 20).

A quarta meta, articulada à terceira, tem como foco *alcançar melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso equitativo à Educação Básica e continuada para todos os adultos*.Ainda persiste em vários países, inclusive no Brasil, um índice elevado de jovens e adultos não alfabetizados e sem terem concluído o Ensino Fundamental. Sem dúvida, este é um agravante que compromete o desenvolvimento tanto da pessoa quanto da própria nação, incidindo também no aumento da pobreza.

CANOAS-RS

Na quinta meta é acentuada a ideia de *eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e o desempenho pleno e equitativo de meninas na Educação Básica de boa qualidade*; esse assunto está presente na sociedade brasileira há muitos anos, mais recentemente na Constituição Federal de 1988, no capítulo I, Art. 5º, que declara que "homens e mulheres têm direitos e deveres iguais", neste caso específico, à educação.

Por fim, a sexta meta –*melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, matemática e habilidades essenciais à vida.*

Com vistas a monitorar as metas firmadas pelos diversos países participantes, vários relatórios de monitoramento global do EPT são realizados desde o ano de 2002 com o intuito de avaliar os objetivos atingidos e identificar aqueles que merecem mais atenção, conforme proposto no Marco de Ação:

> Baseando-se na evidência acumulada durante as avaliações de EPT nacionais e regionais e em estratégias setoriais já existentes, todos os Estados deverão desenvolver ou fortalecer planos nacionais de ação até, no máximo, 2002. Estes planos devem ser integrados em um marco mais amplo de redução da pobreza e de desenvolvimento, e devem ser elaborados através de processos mais democráticos e transparentes, que envolvam todos os interessados e parceiros. Os planos irão abordar problemas relacionados com o subfinanciamento crônico da educação básica, estabelecendo prioridades orçamentárias que reflitam o compromisso em alcançar os objetivos e as metas de EPT o mais cedo possível ou no máximo até 2015.

Assim, conforme exposto, no ano de 2015, marco para a consecução das metas estabelecidas, foi possível constatar que, do conjunto das seis metas projetadas, o Brasil atingiu somente duas desse conjunto. Diante disso, na próxima seção dedicamo-nos à discussão sobre as metas não atingidas pelo Brasil.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

A análise dos dados indica que do conjunto das seis metas estabelecidas para serem alcançadas até 2015 o Brasil atingiu somente duas: a) Alcançar a educação primária universal, particularmente para meninas, minorias étnicas e crianças marginalizadas; e b) Alcançar a paridade e a igualdade de gênero.

Na primeira meta, *expansão e aprimoramento da assistência e educação da primeira infância, especialmente para as crianças mais vulneráveis e desfavorecidas*, o Brasil não cumpriu o objetivo. O novo PNE prevê, até 2016, acesso de 100% das crianças até 5 anos na escola, sendo que, em 2014, o índice era de 89,1%. Por outro lado, a meta para crianças de 0 a 3 anos é de 50% até 2024. Esses dados mostram que há planos de expansão, porém, o crescimento tem se mostrado moroso, como se pode depreender da seguinte observação retirada do Observatório PNE:

> Com 88% das crianças de 4 e 5 anos atendidas, a meta de universalização da Pré-escola até 2016 não parece distante para o País. Mas é preciso ressaltar que os 12% restantes significam quase 700 mil crianças e que as desigualdades regionais são marcantes. Além disso, o foco não pode se restringir ao atendimento, sem um olhar especial para a qualidade do ensino.
> Já na etapa de 0 a 3 anos, o País patina de forma recorrente. O Plano Nacional de Educação de 2001-2010 já estabelecia o atendimento de 50% até 2005, meta solenemente descumprida e agora postergada para o final da vigência do plano atual. Ao déficit de vagas, calculado em cerca de 2,5 milhões, soma-se o desafio de levantar dados mais precisos, que permitam planejar detalhadamente a expansão do atendimento.

UNILASALLE CANOAS-RS

O documento do MEC, intitulado "Relatório Educação para Todos no Brasil 2000-2015", apresenta dados significativos no que se refere à expansão da Educação Infantil no Brasil, afirmando que "a expansão de matrículas na Educação Infantil foi significativa no período de 2000 a 2013, tendo se ampliado de 5.338.196 para 7.590.600, ou seja, em 14 anos houve um aumento de 42,2%" (MEC,2014, p.21). O relatório, porém, baseia-se em dados quantitativos.

A segunda meta, *assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e crianças em circunstâncias difíceis, tenham acesso à educação primária, obrigatória, gratuita e de boa qualidade até o ano 2015*,foi atingida pelo Brasil por meio de diversos programas, como o Programa Nacional do Livro Didático, Programa Nacional de Alimentação escolar, Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar e Programa Dinheiro Direto na Escola, entre outros. Não se chegou, contudo, a 100% do atendimento, de acordo com o Observatório PNE:

> Apesar de alardeada ano após ano, a universalização do Ensino Fundamental não está concretizada. Cerca de 500 mil crianças de 6 a 14 anos permanecem fora da escola (dados de 2013). Predominam, entre elas, as de famílias mais pobres, com renda per capita de até ¼ de salário mínimo, negras, indígenas e com deficiência. Portanto, trata-se de um grupo que pede políticas públicas específicas e diferenciadas.
> O cumprimento da meta de conclusão do Ensino Fundamental na idade correta, por sua vez, exigirá mudanças estruturais, sobretudo nos Anos Finais. As políticas públicas deverão ter como foco o ensino de melhor qualidade e sintonizado com a entrada dos jovens na adolescência, e que proporcione menores índices de reprovação e de evasão.

Apesar de não chegar aos 100% de atendimento pode ser considerado como positivo, pois houve expansão do acesso em praticamente todos os aspectos considerados: renda domiciliar *per capita*, localização, cor/raça, dependência administrativa. Os dados constantes do Relatório Educação para Todos no Brasil 2000-2015 dão conta de que apenas no quesito matrícula e taxa de frequência houve decréscimo, passando de 35.717.948, em 2001, para 29.069.281, em 2013. Segundo o mesmo relatório,

> A redução de 6.648.667 alunos nas escolas de Ensino Fundamental pode ser explicada por dois fatores que ocorreram simultaneamente: a redução da população desta faixa etária em decorrência da mudança na taxa de natalidade no País, fato que já vinha acontecendo desde os anos 1960, e o esforço dos sistemas educacionais na implementação de iniciativas que reduzissem a distorção idade-ano, que em 2001 era de 35,3%, chegando em 2012 a 22,0%. (MEC, 2014, p. 27).

A terceira meta, *assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso equitativo à aprendizagem apropriada, a habilidades para a vida e a programas de formação para a cidadania*,também não foi atingida. Os dados do Observatório PNE dão conta de que apenas 0,4% das matrículas de jovens e adultos no Ensino Fundamental e 3,3% das matrículas do Ensino Médio foram em cursos profissionalizantes.

Apesar de alguns avanços, "com destaque para a distribuição cor/raça, localização e renda domiciliar *per capita*" (MEC,2014,p.32), houve, ainda, aumento na frequência da população preta/parda, que passou de 78,9% em 2004 para 82,5% em 2012, e da população indígena, que passou de 74,1% em 2004 para 90,7% em 2012, segundo o mesmo relatório do MEC. Este relatório demonstra o esforço feito pelo Brasil para conseguir atingir a meta, contudo, ainda há um longo caminho a percorrer.

A quarta meta, *alcançar melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso equitativo à educação básica e continuada para todos os adultos*,tampouco foi cumprida pelo Brasil, que também nesse item precisa trilhar um caminho árduo.

O MEC (2014, p.41) afirma que "a conquista do direito à alfabetização e à educação de jovens e adultos remonta à Constituição Federal de 1988, que o inclui como um dos deveres do Estado". Dados divulgados pelo MEC (2014, p. 43) mostram que a taxa de analfabetismo na população de 15 anos ou mais caiu de 12,4% para 8,7%, ficando ainda bem abaixo da meta de Dakar, que era de uma melhoria de 50%.

O relatório acima citado afirma que

> vistas em seu conjunto, as iniciativas de Alfabetização de Jovens e Adultos desenvolvidas pelo Brasil foram muitas e os números sobre a redução do contingente de analfabetos nesta faixa etária são inquestionáveis. Os desafios para atingir os objetivos estabelecidos em Dakar, todavia, ainda são muitos. (MEC, 2014, p.48).

A principal estratégia de ação do Ministério da Educação é o Programa Brasil Alfabetizado (PBA), que apoia e financia projetos de alfabetização de jovens e adultos apresentados pelos Estados, e, segundo o MEC (2014, p. 47), desde sua criação em 2004, foram investidos mais de 2,2 bilhões de reais para o desenvolvimento de ações por todo o país. O PBA atinge mais de 3.500 municípios e já atendeu cerca de 14 milhões de pessoas em turmas de alfabetização desde 2003.

A quinta meta, *eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e o desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade*, foi alcançada devido, entre outros fatores, às políticas públicas de gênero no Brasil nos últimos anos.

Os dados do MEC (2014, p. 49ss) mostram que a paridade de gênero na educação foi atingida nas diversas etapas, desde a Educação Infantil até o Ensino Superior. Essa paridade é demonstrada em uma série de tabelas e gráficos, mostrando que, nos diversos níveis de escolaridade, há predominância do sexo feminino. Contudo, este relatório apresenta uma nova preocupação: a necessidade de pensar em uma nova paridade.

> Pode-se afirmar que o acesso da população feminina à educação ampliou-se no período colocando em questão um novo desafio, que consiste em promover a paridade de gênero em contextos e ocupações nos quais a presença masculina está em desvantagem. (MEC,2014,p.58).

O cumprimento dessa meta pode ser considerado um grande avanço para a educação no Brasil, tendo em vista que as conquistas femininas são muito recentes no contexto brasileiro e mundial.

A sexta meta, *melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, matemática e habilidades essenciais à vida*, também é outra meta que não foi atingida pelo Brasil.

Um dos aspectos em que houve avanço é o número de docentes com curso superior na Educação Básica, nas escolas públicas, passando, no Ensino Fundamental, de 45,9% no ano de 2000 para 73,9% no ano de 2013 e, no Ensino Médio, de 88,2 para 93,5% no mesmo período (MEC,2014,p. 60). Houve, no período de 1999 a 2011, uma queda substancial nas taxas de abandono, passando de 11,3% para 2,8% no Ensino Fundamental e de 16,4% para 9,5% no Ensino Médio.

Alguns dados, porém, não foram tão positivos: a taxa de reprovação no Ensino Médio, no mesmo período de 1999 a 2011, aumentou de 7,2% para 13,1%, evidenciando a dificuldade em se atingir esta meta. O desempenho na Prova Brasil em Português e Matemática também caiu no Ensino Médio no período de 2001 a 2011 (MEC, 2014, p. 64). Esta meta é audaciosa e não significa que não foram empreendidos esforços para alcançá-la, mas diante de inúmeras necessidades nas diversas áreas o Brasil para os próximos anos não haverá condições para ser cumprida. As dimensões geográficas do Brasil, aliadas à falta de recursos destinados para a educação, o transporte, os meios de comunicação etc., fazem com que a meta não tenha condições de ser alcançada a curto e médio prazos.

Observados esses dados, podemos verificar que, apesar de todo o esforço empenhado pelo Governo, a meta de melhoria na qualidade do ensino não foi significativa em todas as áreas. "Este quadro mostra-se particularmente desafiador quando comparados os resultados de estudantes brasileiros com os de alunos de outros países, o que é possível mediante a análise dos dados do Pisa". (MEC,2014,p. 67).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil está entre os países que ainda não atingiram os objetivos do documento Educação para Todos até 2015, apesar de ter apresentado avanços no campo da educação ao longo dos últimos anos, como o acesso e a universalização dos anos iniciais da Educação Fundamental; o aumento de jovens que estão cursando o Ensino Médio; a redução do analfabetismo e aumento do acesso ao Ensino Superior. Os estudos demonstram que o Brasil possui vários desafios para efetivar a educação com qualidade social, sendo necessário projetar e desenvolver estratégias e mecanismos que viabilizem superar as dificuldades e limitações que inviabilizaram o cumprimento das metas estabelecidas por meio do Marco de Ação de Dakar, a serem cumpridas até o ano de 2015.

Os relatórios disponibilizados pelo Ministério da Educação e pelo Observatório Plano Nacional de Educação - PNE demonstram que foram realizados alguns esforços significativos para a melhoria na

educação. Contudo, esses esforços foram insuficientes para resolver algumas dificuldades que são históricas no Brasil, como é o caso da qualidade da educação.

Destacamos o fato de que duas metas foram atingidas, o que é resultado do esforço empreendido e é um fator de muita importância para o futuro da educação no Brasil. As demais metas, que ainda não foram atingidas, são um grande desafio para o Brasil nos próximos anos. O caminho percorrido, e que levou ao alcance das duas metas já destacadas no trabalho, pode servir de exemplo e ajudar neste desafio.

Para que haja melhoria na educação como um todo, especialmente nas metas que ainda não foram atingidas, é fundamental que se busque o balanço entre metas qualitativas e quantitativas. Pode ser que, num primeiro momento, as quantitativas sejam importantes, mas cada vez mais o tema qualidade deve ser inserido como política pública na educação brasileira.

REFERÊNCIAS

APPOLINÁRIO, F. Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo, Atlas, 2009.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 1988.

DECLARAÇÃODE INCHEON. UNESCO, 2015.

DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE EDUCAÇÃO PARA TODOS: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, UNESCO, 1990

EDUCAÇÃO PARA TODOS – O Compromisso de Dakar. Brasília: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001, p.70.

EDUCAÇÃO QUE QUEREMOS PARA A GERAÇÃO DOS BICENTENÁRIOS: AS METAS EDUCATIVAS 2021,Organização dos Estados Ibero-americanos para a educação, a ciência e a cultura, OEI, 2008.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. Revista Administração de Empresas. 1995, v.35, n.3, p. 20-29.

BRASIL. MEC. Relatório educação para todos no Brasil 2000-2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192. Acesso em 23 de maio de 2016.

_____. MEC. Inep. Observatório do Plano Nacional de Educação - PNE. Disponível em: http://www.observatoriodopne.org.br/. Acesso em 23 de maio de 2016.

PÁDUA, Elisabete Matallo M. Metodologia de pesquisa: Abordagem teórico-prática. Campinas: Papirus, 2004.

CANOAS-RS

"JULGAMENTO SIMULADO" METODOLOGIA ALTERNATIVA A AULA EXPOSITIVA NO ENSINO DO DIREITO: UMA PESQUISA AÇÃO

Sâmela Cristina de Souza[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a necessidade da reflexão na e para a docência e seus possíveis reflexos no repensar da aula no ensino superior jurídico. A prática da atividade "julgamento simulado" é analisada como produto da reflexão do docente no ensino superior e se apresenta como objeto possível de análise para permitir as reflexões relacionadas a qualidade do ensino superior jurídico. Inicialmente foi realizada uma discussão teórica sobre, a necessidade de reflexão na docência a partir de autores como Philipe Perrenoud, Lea Anastasiou e Marcos Tarcísio Masetto. Posteriormente foi analisada a atividade aplicada em sala "Julgamento Simulado" como produto da reflexão na e para a aula e como possibilidade de aula para além da expositiva. Foram aplicadas entrevistas com os participantes da atividade e verificados seus aspectos positivos e negativos. Verificou-se que existem aspectos positivos na aplicação dessa metodologia, permitindo considerar que esta ultrapassa a aula expositiva e se insere em uma nova visão do ensino jurídico que valoriza o aluno como protagonista e não como espectador do processo de ensino. Essa mudança, no caso concreto, foi percebida como positiva pelos alunos, pois, permitiu maior concretude dos temas trabalhados na disciplina, além de possibilitar o desenvolvimento da argumentação, da crítica e da pesquisa. É certo que há uma grande dificuldade de desapegar da exposição, do cronograma e da segurança que isso traz, porém as vantagens de estimular e fazer os alunos se sentirem envolvidos através de metodologias diferenciadas de ensino são inúmeras e não envolvem, pelo contrário, abrir mão do conteúdo. É que a abordagem muda, mas o conteúdo permanece ali, a forma que ele será trabalhado será mais envolvente e ao permitir que os alunos se sintam parte da aula e necessários a ela gera maior interesse no próprio conteúdo possibilitando maior aprendizagem.

PALAVRAS-CHAVES: Aula no ensino do direito, Repensar, Metodologias, Reflexão na docência.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende provocar os decentes do ensino superior jurídico quanto à necessidade de reflexão de suas práticas. A atividade julgamento simulado é apresentada como um produto dessa reflexão prévia, que identificou uma necessidade de que a aula seja um espaço para o protagonismo dos alunos. A reflexão se dá anteriormente a realização da atividade e, posteriormente a essa realização por meio desse trabalho de pesquisa ação. Há uma reflexão teórica sobre a importância da reflexão na docência aliada a uma prática dessa reflexão sobre uma atividade já realizada.

Com isso, espera-se que sejam identificados aspectos da atividade que atenderam ao objetivo e o contrário também. Proporcionando assim o pensar e repensar sobre o que se fez e o que pode ser melhorado. O que pode auxiliar tanto aos envolvidos na atividade, quanto os demais professores ao pensarem nesse tipo de atividade a desenvolverem melhor suas práticas.

Para atingir o objetivo pretendido foi realizada uma análise da metodologia "julgamento simulado" conforme aplicada e por meio de questionário foram colhidas as opiniões dos discentes e da docente sobre a atividade.

Inicialmente o trabalho apresenta uma análise teórica da relevância do aspecto reflexivo na docência identificando-se como uma pesquisa ação dos atores do processo. A metodologia objeto de análise é apresentada como se realizou na prática e são analisados seus aspectos positivos e negativos com base na perspectiva dos alunos, da professora, da estagiária docente e da teoria da metodologia do ensino superior que diz respeito ao papel dialético da aula.

Realizadas tais análises como forma de pesquisa ação pretende-se chegar a resposta da seguinte questão: A metodologia "julgamento simulado" conforme aplicada se apresenta como eficaz alternativa a aula expositiva, colocando o aluno como protagonista do processo de ensinagem? Quais os desafios dessa metodologia? Quais alterações a tornariam mais eficaz?

---

1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória- FDV, membro do grupo de pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura". Email: samela.cristinadesouza@gmail.com

2 A IMPORTÂNCIA DA REFLEXÃO NA E PARA A DOCÊNCIA

Para Philipe Perrenoud a reflexão na docência permite transformar o mal-estar e os desânimos em problemas que podem ser apresentados e por vezes resolvidos com método (PERRENOUD, 2002, p. 57). Mas, é muito mais que isso, antes mesmo da transformação do mal-estar e desânimos em problemas a reflexão é o que permite a identificação do mal-estar e dos desânimos. A reflexão é mais que identificação dos problemas, ela é o olhar do professor para fora dele mesmo e do conteúdo programático apenas. Basta pensar no que é o docente que não reflete sobre sua atividade, no ensino superior jurídico ainda é muito comum o professor que tem a atividade docente como "bico" e que não tem tempo, disposição, metodologias capazes de levá-lo a reflexão. Logo, esse professor dá as mesmas aulas que sempre deu, da maneira que aprendeu, aplica as mesmas formas avaliativas pelas quais passou na faculdade e sequer imagina que é preciso refletir sobre quais metodologias de aula, de avaliação seriam mais adequadas para despertar nos alunos o sabor do saber, afinal o que esse professor deseja não é despertar o aluno, mas transmitir apenas um conteúdo. Os problemas não serão solucionados se os docentes do ensino jurídico em razão de um acúmulo de tarefas ou da confiança na experiência ligarem o "piloto automático" na sua atividade, tornando-a irrefletida e imutável, passando-se apenas a uma simples sobrevivência na docência.

Philippe Perrenound apresenta dez razões para a formação dos professores no sentido de possibilitar uma reflexão sobre sua prática, são elas: a reflexão compensa a superficialidade da formação profissional; propicia a acumulação de saberes provenientes da experiência, torna possível uma evolução para a profissionalização; prepara para assumir uma responsabilidade política e ética; permite enfrentar a crescente complexidade das tarefas; ajuda a vivenciar um ofício impossível; oferece os meios necessários para trabalhar sobre si mesmo; estimula para enfrentar a irredutível alteridade do aprendiz; possibilita a cooperação com colegas e o aumento das capacidades de inovação. (PERRENOUD, 2002, p. 48)

São inúmeros os benefícios que a reflexão possibilita à docência. Mas ela não pode ser encarada como suficiente para a docência, é importante analisar como deve ser feita a reflexão. Uma reflexão que não passe por uma assunção de responsabilidades por parte do docente é incapaz de gerar benefícios. Para Philippe Perrenoud não basta que o docente tenha disponibilidade e trabalhe para a realização da prática. É preciso uma forma de método, de memória organizada, de perseverança e contextos conceituais que sirvam de estrutura de acolhimento. (PERRENOUD, 2002, p. 52)

Não basta a reflexão proveniente da experiência formando uma fórmula que poderia ser replicada sempre, é preciso aliar a essa experiência, a essa observação, metodologias didáticas. Saber aplicar essas metodologias didáticas é tão importante para um profissional do ensino jurídico quanto o é a aplicação da teoria ensinada aos alunos nas salas de aula em seu cotidiano, seja no estágio, seja na sua vida social. O conhecimento didático dissociado da prática reflexiva perde sua potencialidade e o contrário também é verdadeiro.

É importante também que o profissional tenha consciência de que sua reflexão aliada à didática será capaz de produzir metodologias diferenciadas, mas que estas não podem ser encaradas como modelos a serem sempre replicados. A cada momento e tendo em vista cada competência que se deseja trabalhar serão necessárias metodologias diferenciadas. Não basta refletir apenas uma vez e após isso, ligar o modo automático. A reflexão do docente deve ser diária e contínua.

Um fator importante da prática reflexiva do docente é que esta não se limita a ele, mas também possibilita a formação de alunos reflexivos, uma vez que essa prática deve considerar as necessidades dos alunos e uma preocupação por democratizar o acesso aos saberes. Com a realização da atividade "julgamento simulado" houve uma preocupação de que os discentes compreendessem a necessidade de refletirem sobre o conteúdo transmitido de forma crítica.

A reflexão sobre a prática também possui papel relevante na preparação do profissional para assumir uma responsabilidade política e ética. O docente do ensino superior, ainda que em graus diferentes dos demais, é confrontado com dilemas éticos e a resolução desses dilemas não está pronta. A reflexão pode não garantir uma resposta, mas auxilia na interpretação do problema e ajuda o profissional a construir opções que poderá assumir. Philippe Perrenoud cita como exemplos desse dilema fatos como: é justo motivar os alunos oferencendo-lhes guloseimas? É justo separar dois amigos que conversam muito? É correto ameaçar com uma punição coletiva um grupo solidário a um grupo

baderneiro? Essas são perguntas que poderão ser melhor respondidas se refletidas. E somente serão refletidas se o profissional tiver essa prática (PERRENOUD, 2002, p. 55).

Outro fator benéfico da prática reflexiva consiste na possibilidade de enfrentar a crescente complexidade das tarefas. Segundo Philippe Perrenoud a prática reflexiva autoriza uma relação mais ativa do que queixosa com essa complexidade. Com a reflexão passa a se observar a atuação, identificando problemas e procurando possíveis soluções que se adaptam a complexidade que considerem as particularidades de cada caso (PERRENOUD, 2002, p. 57).

A reflexão também se faz importante para uma análise do próprio profissional de suas práticas e atitudes relacionadas aos alunos, identificando sua postura, seus preconceitos, sua paciência, pessimismo ou otimismo exagerado, falta de antecipação ou perspicácia, excesso ou falta de confiança, excesso de preguiça, competência didática. Uma reflexão sobre essas posturas mostrará que estas podem influenciar em certas práticas e apontarão para a necessidade de mudança ou manutenção destas. (PERRENOUD, 2002, p. 59)

Outro fator importante da reflexão é o aumento das capacidades de inovação. O professor que não reflete sobre sua prática tende a paralisar, a repetir o que já foi feito e deu certo, ou mesmo o que não deu certo. Como exemplo, aplica a mesma metodologia de avaliação sem refletir se aquela metodologia é adequada para aquele conteúdo e competências que pretende avaliar, não elabora aulas diferenciadas e por isso, não inova, ou seja, continua no piloto automático.

Por outro lado, o profissional que reflete sobre sua prática está sempre se avaliando, se renovando e buscando metodologias diferenciadas que se apresentem como melhor resposta aos seus objetivos. Essa atividade que será analisada se apresenta como uma inovação, pois transcende o padrão normal de aula e de avaliação no ensino do direito. Trata-se, porém, de uma atividade simples que pode ser utilizada no ensino do direito e conforme será visto posteriormente teve, no caso em análise um papel de envolver os alunos com o conteúdo da disciplina.

É necessário que essa atitude reflexiva do professor seja externalizada na forma de uma investigação-ação, ou seja, um processo de espirais de reflexão que servem para melhorar a prática. Trata-se de uma pesquisa que integra teoria e prática docente, constituindo-se por intermédio da prática a ela retomando com a finalidade de melhorá-la (LISITA, ROSA, & LIPOVETSKY, 2010, p. 111).

Essa reflexão do docente não deve ser apenas interna, mas externa na forma de uma pesquisa que investigue suas práticas e as remodele aliado a um substrato teórico de metodologias. A análise realizada nesse trabalho se enquadra nessa perspectiva de investigação-ação. O propósito é investigar uma prática aplicada em sala de aula possibilitando seu aperfeiçoamento.

O problema é que essa reflexão na forma de investigação-ação demanda atividades que não são privilegiadas diante das precárias condições de trabalho dos professores. A investigação- ação requer planejamento, discussões, coleta de dados, análises, reelaborações que exigem um tempo extraclasse. Por isso, é importante defender que ao identificar a necessidade de um papel reflexivo do professor necessariamente deve-se defender uma transformação das condições de trabalho (LISITA, ROSA, & LIPOVETSKY, 2010, p. 114).

Para realizar essa pesquisa ação sobre o "julgamento simulado", por exemplo, foi necessário um planejamento da atividade a ser aplicada (o que no caso em concreto demandou um estudo de casos e análises para então escolher o que melhor se adequava aos objetivos da disciplina) e da pesquisa a se realizar, discussões sobre a melhor forma de aplicar a atividade e realizar a pesquisa, coleta de dados por meio de questionários, análise desses dados coletados e compilação que exigem uma discussão teorizada sobre a prática demandando leituras. Atividades que demandam tempo do profissional e precisam ser valorizadas tendo em vista o diferencial de um conhecimento teorizado e produzido pelos próprios atores do processo e seus potenciais benefícios para orientar e informar a prática.

Esta pesquisa teve uma grande preocupação com essa aproximação teórica e prática ao realizar a análise proposta sobre a atividade "julgamento simulado". Por isso, o conhecimento teórico da estagiária docente sobre a importância da reflexão do professor alia-se a percepção prática e reflexiva da professora da disciplina e dos alunos que participaram da atividade, a fim de proporcionar uma real investigação ação. Trata-se, portanto, de uma reflexão para e sobre a prática. Uma reflexão sobre a ação.

3 A ATIVIDADE JULGAMENTO SIMULADO COMO PRODUTO DA REFLEXÃO

A atividade "julgamento simulado" realizada na disciplina de direito administrativo I, pela turma do 6º período noturno da Faculdade de Direito de Vitória tem sua origem na reflexão da professora da disciplina, Karoline Marchiori de Assis e da estagiária docente Sâmela Cristina de Souza. Ao refletir sobre o envolvimento dos alunos com a matéria e a necessidade de chamá-los a participar a professora idealizou uma atividade que cumprisse esse papel. Nota-se que foi de um não se contentar com a situação posta, não dar atenção a preguiça intelectual que a atividade surgiu.

A atividade se desenvolveu no segundo semestre do ano letivo de 2015, mais especificamente nos meses de outubro e novembro e foi intitulada de Julgamento Simulado. Segundo a professora da disciplina essa atividade foi escolhida por representar uma metodologia inserida em uma visão participativa de ensino, que visa colocar o aluno como protagonista do processo de aprendizagem.

O julgamento simulado, consta no plano de curso que foi entregue aos alunos no início do semestre e se insere no Projeto Teoria e Prática da Faculdade de Direito de Vitória. O plano de curso contém também as referências bibliográficas necessárias para essa atividade. No plano de curso a atividade é descrita da seguinte maneira: Realização de julgamento simulado de caso que envolve o controle jurisdicional de ato administrativo. Cada aluno assumirá um papel no julgamento a ser realizado e deverá apresentar seus argumentos por escrito e oralmente.

No início do segundo bimestre, a professora apresentou a proposta de realização de seis julgamentos simulados que envolviam todas as unidades que se pretendia trabalhar nesse semestre. Foram apresentadas propostas de trabalho que envolviam: Organização Administrativa (Unidade IV do Plano de Curso), Atividade Administrativa (Unidade V) e Ato Administrativo (Unidade VI).

Os temas que se pretendia trabalhar eram:

Unidade IV: Organização Administrativa	Caso 1: Regime Jurídico dos CORREIOS Caso 2: Regime jurídico do Sistema S:
Unidade V: Atividade Administrativa	Caso 1: Contratação de Organizações Sociais: hipótese de contratação e observância de princípios administrativos. Caso 2: Poder de polícia: Possibilidade de guardas municipais aplicarem multa
Unidade VI: Ato Administrativo	Caso 1: Ato Administrativo de alteração da forma do recolhimento do lixo em Município e possibilidade de controle pelo Judiciário. Caso 2: Possibilidade de o Judiciário determinar a construção ou reforma de presídios, obrigando a administração a praticar atos administrativos.

A ideia inical era formar doze grupos com três alunos cada, sendo que dois grupos deveriam ficar responsáveis por um caso, tendo um grupo que advogar para uma parte e o outro para a outra. Seria assim: O grupo 1 e 2 ficariam com o caso 2, por exemplo. Esse caso deveria ser apresentado uma semana antes das apresentações e traria a narração de uma situação contendo os personagens que passaram por aquele fato. Ao final do caso, apresentava-se uma pergunta e os grupos, ao olhar a ementa, deveriam escolher a defesa de um desses personagens.

Percebe-se que eles teriam uma tese a defender. Ao escolherem o caso que trabalhariam, os alunos também escolhiam as posições dentro desse caso. No caso do "Sistema S", os alunos poderiam

escolher pela defesa do "Sistema S" ou pela defesa do sujeito que ingressava com a ação contra o SESI pleiteando a aplicação dos princípios do regime jurídico administrativo ao SESI.

Ocorre que, ao serem apresentados a essa metodologia, os alunos tiveram certa resistência. O fato de ter que formar doze grupos incomodou e a quantidade de casos a serem trabalhados também foi um fator de reclamação. Tendo em vista que o objetivo da atividade era promover a aprendizagem com envolvimento e em razão do tempo para execução essa resistência foi levada em conta e a professora da disciplina decidiu reduzir a quantidade de casos a serem trabalhados.

Optou-se por trabalhar com três casos, um por unidade, foram eles: Caso 1: Regime jurídico do Sistema S: Caso 2: Poder de polícia: Possibilidade de guardas municipais aplicarem multa. Caso 3: Possibilidade de o Judiciário determinar a construção ou reforma de presídios, obrigando a administração a praticar atos administrativos. A opção por estes casos em detrimento dos demais não foi infundada. Ela se deu em razão dos objetivos da utilização dessa metodologia e visando um melhor aproveitamento desta.

Na unidade IV a opção foi pelo Sistema S em razão de que o caso dos CORREIOS já tem sido muito debatido pela doutrina e jurisprudência apresentando menor novidade capaz de despertar a curiosidade e vontade de pesquisar dos alunos. Na unidade V optou-se pelo Caso do Poder de Polícia porque a questão das OS's também levaria a discussão do regime jurídico que poderia ser aproveitada no debate do Sistema S por meio de provocação da professora ou da estagiária docente. Na unidade VI a opção se deu pelo caso da possibilidade do STF de obrigar a Administração Pública a construção de presídios em razão do envolvimento da turma com a questão penal e, por isso, entendeu-se naquele momento que esse caso chamaria maior atenção dos alunos despertando o sabor do saber.

Definidos os casos a serem trabalhados foram transmitidas aos alunos as instruções sobre o desenvolvimento da atividade, as competências que se desejava trabalhar e a forma que seriam avaliados. De início a ideia era de que a atividade se desenvolveria da seguinte maneira: Nas datas programadas os alunos inicialmente fariam a defesa do caso, depois seria dado espaço a réplica e a tréplica. Sendo julgados pelos demais alunos que não fariam a apresentação naquele momento, pela professora e estagiária docente. Também deveria ser entregue na data da apresentação uma minuta do caso que resumiria as defesas orais. As defesas orais deveriam ser realizadas em 10 minutos. O julgamento pelos demais alunos deveria ser justificado juridicamente de maneira a demonstrar a compreensão das teses apresentadas.

Houve uma preocupação em deixar claro para os alunos de que avaliação iria envolver a capacidade argumentativa crítica, a capacidade de ultrapassar o conhecimento teórico para a prática aplicando fatos e princípios a novas situações e a capacidade de síntese. Esses objetivos que a atividade pretendia alcançar foram assumidos pelos alunos, "eles compraram a ideia". E isso se percebe da leitura das respostas dos alunos aos questionários. Ao avaliarem os pontos positivos da atividade e a contribuição desta para a sua formação de 25 alunos que responderam o questionário 11 citam o estímulo a pesquisa, 12 lembram da importância de tornar o conhecimento menos abstrato aliando teoria e prática e 15 consideraram como positivo o desenvolvimento da capacidade argumentativa, possibilitando a construção de argumentos.

Mas, na atividade docente quando se assume esse papel de fomentador do professor e um caráter dialético da aula percebe-se que quando o aluno sai do papel passivo para um papel atuante o professor enfrenta certas dificuldades. E essas podem ser geradas pela imprevisibilidade. Durante a apresentação oral da primeira atividade percebeu-se que o tempo de quarenta minutos para cada atividade podaria o momento rico que esses alunos estavam inseridos. Por isso, decidiu-se pela continuidade do trabalho independente do tempo, desde que não ultrapassasse uma aula. E aí é que surge um dilema do professor da disciplina- o tempo e o programa. A atividade foi proveitosa, os alunos gostaram, participaram, se sentiram envolvidos, mas o professor não terá tempo de dar todo o conteúdo programado. O que fazer?

O problema nesse ponto é que apesar de querermos ir além da aula expositiva ainda estamos muito apegados ao terminar o programa como se todo aquele conteúdo dado fosse o ensinar e esquecemos que ensinar envolve apreender e por isso, o conteúdo dado apreendido vale mais do que o apenas transmitido. Anastasiou lembra desses dilemas na inovação das estratégias de ensinagem. Segundo ela na estratégia da aula expositiva essa relação tempo e conteúdo não é problemática. Porém, vencer o programa não é garantia de ensino ou de aprendizagem (ANASTASIOU & ALVES, 2006, p. 71).

Resultaram dessa metodologia debates de alto nível, envolvendo não só o conteúdo que pretendia-se trabalhar, mas aliando a ele a uma noção sociológica, criminal, constitucional, processual. Mas, existem pontos de crítica à atividade que devem ser pensados e repensados em uma reflexão que agora a partir dos questionários envolve alunos, professora e estagiária docente.

4 A PRÁTICA JULGAMENTO SIMULADO NA PERCEPÇÃO DOS ALUNOS E PROFESSORA COMO UM MEIO DE "FAZER AULAS"

Os resultados da atividade "julgamento simulado" serão analisados e refletidos a fim de possibilitar uma divulgação do trabalho, identificação de onde há necessidade de aprimorar a prática, permitindo um replanejamento dessa metodologia.

O objetivo é auxiliar tanto a professora da disciplina ao repensar a ação, quanto os demais professores que desejam aplicar metodologias semelhantes, antecipando dificuldades e desafios e identificando as vantagens da metodologia "julgamento simulado". É preciso reconhecer que as realidades são diferentes, a instituição de ensino, a composição da sala de aula, o número de alunos, o período e a disciplina, mas os desafios podem ser semelhantes na aplicação desse instrumento para a promoção de aprendizagem. Por isso, é possível que essa reflexão auxilie os demais docentes em suas práticas.

A identificação dos resultados para que se torne possível a discussão sobre os mesmos foi realizada por meio de questionários distribuídos para a docente e os discentes. Distribuiu-se o questionário aos alunos que se encontravam presentes na sala de aula na aula posterior ao encerramento das atividades de julgamento simulado. Do total de 35 alunos matriculados na disciplina foram distribuídos 33 questionários e respondidos 25, o que corresponde a 71,4% do universo de alunos. O questionário continha perguntas que tentaram captar a impressão dos alunos sobre a atividade. Mais especificamente foram questionados sobre a relevância da atividade para a formação, os aspectos positivos e negativos e foi pedido aos alunos que apresentassem propostas de alteração da atividade.

A professora da disciplina também respondeu a um questionário sobre a atividade que pretendia basicamente captar o que levou a realização da atividade, os resultados pretendidos e se foram alcançados e os aspectos que poderiam ser melhorados.

É com base nesses questionários respondidos e nas impressões da estagiária docente que participou de todo o processo de elaboração e aplicação da atividade que os objetivos e os resultados serão avaliados e discutidos para possibilitar um replanejamento.

Segundo a professora da disciplina o objetivo da atividade era colocar os alunos como protagonistas do processo de ensino e aprendizagem. Tarefa que foi cumprida com êxito na ótica da professora e dos alunos. Isso se percebe por meio de análise dos questionários. Os próprios alunos definiram a atividade como "incentivadora ao estudo, forma diferente de aprender, forma de aprender de fato, desafiadora ao raciocínio, estimulante, permitindo uma participação ativa dos alunos e como consequência uma melhor compreensão do conteúdo, forma mais interativa de aprender, que desperta o interesse e envolve a turma, desafiadora, tira o aluno do conforto e motiva". Percebe-se, portanto, que houve uma compreensão dos alunos de que a atividade pretendia responsabilizá-los no processo de ensinagem, tirando-os do papel de espectadores e passando-os a protagonistas do processo.

Anastasiou lembra que se nossa meta se refere à apropriação do conhecimento pelo aluno, para além do simples repasse da informação é preciso se revisitar o "assistir às aulas", pois a ação de aprender não é passiva. O assistir as aulas precisa ser substituído pelo fazer aulas. (ANASTASIOU & ALVES, 2006, p. 14). É nesse novo contexto, para além das aulas expositivas que a atividade "julgamento simulado se insere". Tão importante quanto a compreensão do professor dessa necessidade de criar metodologias novas para que se adeque a essa nova visão, é a compreensão dos alunos dessa necessidade de mudar a postura de mero espectador. Pois, caso o professor tivesse imposto novas metodologias e os alunos não as tivessem abraçado o objetivo principal de permitir a dialética nesse processo não seria atingido.

Retira-se das respostas dos alunos ao questionário uma lição que é capaz de atingir discursos de professores resistentes a essa metodologia que afirmam que os alunos não estão dispostos a serem os protagonistas. É claro que não se pode generalizar em relação a essa atividade que atingiu apenas uma turma de 6º período, porém, é possível ao menos mostrar que esse argumento é passível de erros. Não se pode a partir dessa pesquisa afirmar que todos os alunos no ensino superior jurídico entendem a

necessidade de modificação do processo de ensinagem e compreendem a necessidade de ir além da expectação. Mas, com essa pesquisa é possível, ao menos afirmar que existem alunos esperando a provocação do professor para sair da zona de conforto, existem alunos que reclamam pela participação, que esperam o momento de serem protagonistas. Portanto, se não é possível generalizar afirmando que todos os alunos se inserem nesse quadro, também não é possível dizer o contrário. Por isso, essa afirmação não pode servir como desculpa para o não repensar as metodologias de ensino e aprendizagem.

Anastasiou propõe uma unidade dialética processual, na qual o papel condutor do professor e a auto-atividade do aluno se efetivem em dupla mão, num ensino que provoque a aprendizagem por meio de tarefas contínuas dos sujeitos. A atividade em análise cumpriu esse papel de provocação e isso pode ser comprovado pela resposta dos alunos ao questionário onde dos 25 alunos que responderam 20 afirmaram que a atividade foi desafiadora e representa uma forma de abordagem diferenciada. As palavras "estímulo, despertar e motivar" foram usadas pelos alunos para explicar o porquê de terem respondido sim ao serem perguntados se teriam gostado da atividade (ANASTASIOU & ALVES, 2006, p. 15).

Portanto esse objetivo de envolver os sujeitos em sua totalidade na atividade foi cumprido. Ocorre que, tanto do questionário respondido pela professora, quanto das respostas dos alunos é possível afirmar que esse objetivo apenas foi cumprido quando os alunos participavam dos grupos que seriam partes no julgamento. Sendo assim, os alunos participantes de grupos que não atuariam naquele julgamento como partes, mas como juízes não se sentiram incluídos no processo.

Nas palavras da professora da disciplina:

> Os grupos responsáveis pelo caso sob análise se envolveram de forma profunda com a atividade, o que reputo como extremamente positivo. Porém, os demais alunos da sala - que deveriam assistir ao "julgamento" para, ao final, proferir um "voto" - não se envolveram da forma esperada.

Os alunos pontuaram como ponto negativo o fator de aqueles que não eram "parte" no debate não puderam participar questionando ou fazendo apontamentos sobre a discussão. Inclusive a necessidade de abrir o debate para o restante da turma foi um fator apontado como proposta de alteração da atividade por três alunos do total de vinte e cinco que responderam o questionário.

Essa questão deve ser refletida e levada em consideração pela professora de disciplina e estagiária docente ao repensarem a atividade. Devem-se criar mecanismos que permitam um maior envolvimento dos alunos não participantes dos grupos responsáveis pelo caso analisado em uma determinada aula. Mecanismos esses que podem ser a pontuação da participação dos julgadores, ou a instituição de grupos apenas julgadores para propiciar os debates.

Além do repensar da posição do aluno na aula, a professora da disciplina pretendia ao propor a atividade "julgamento simulado" que os alunos

> 1. Associassem suas pré-compreensões aos temas de direito administrativo;
>
> 2. Sistematizassem informações relativas aos temas trabalhados por meio dos casos, tendo em vista o que fora trabalhado em sala e as pesquisas realizadas pelos grupos;
>
> 3. Analisassem criticamente textos (legislativos, jurisprudenciais e doutrinários) encontrados;
>
> 4. Aplicassem conceitos de direito administrativos a casos concretos

Segundo a professora a maior parte desses objetivos foi alcançado de modo satisfatório. Essa mesma compreensão tem a estagiária docente. Além disso, no decorrer da atividade, outros objetivos que não teriam sido pensados pela professora e estagiária na elaboração da atividade foram alcançados pelos alunos compensando aqueles antes queridos que não foram alcançados de forma satisfatória. Como

exemplo tem-se a interdisciplinaridade que não foi pensada na elaboração da atividade, mas surgiu na sua execução e se mostrou muito interessante para a aprendizagem dos alunos.

Além disso, a professora da disciplina aponta que houve um profundo envolvimento com a atividade, de modo que, em média, foram realizadas amplas e profundas pesquisas (inclusive com recurso à interdisciplinaridade), os argumentos foram bem construídos e os textos pesquisados foram analisados de forma crítica. Nesse sentido, vale mencionar que alguns alunos chegaram a se utilizar de decisão judicial aparentemente contrária ao ponto defendido pelo seu grupo, demonstrando que o caso ali analisado era diferente daquele enfrentado em sala.

É possível perceber, portanto que a sistematização das informações relativas aos temas trabalhados por meio dos casos, tendo em vista o que fora trabalhado em sala e as pesquisas realizadas pelos grupos foi proveitosa. Bem como a análise crítica dos textos (legislativos, jurisprudenciais e doutrinários) encontrados e aplicação de conceitos de direito administrativos a casos concretos.

Porém, segundo análise da professora da disciplina e da estagiária docente os temas da disciplina poderiam ter sido melhor explorados pelos alunos. Um dos grupos trabalhou muito bem a temática conforme o esperado, mas os demais deixaram de trabalhar conceitos primordiais do direito administrativo, como por exemplo, o conceito de "ato discricionário" no caso em que se discutia a possibilidade de intervenção do judiciário na atividade administrativa. Essa questão leva a uma reflexão sobre a necessidade de um apoio do professor ou da estagiária docente na realização da atividade, indicando referenciais teóricos ou realizando uma monitoria antes da execução da atividade.

Outra opção indicada pelos próprios alunos no questionário como proposta de alteração também poderia ser aplicada como forma de potencializar essa metodologia- seria a estipulação de tópicos que deveriam ser necessariamente trabalhados pelos discentes, o que de maneira alguma poderia engessá-los, mas consistiriam em tópicos essenciais. Nas palavras do aluno a proposta de alteração que deve ser considerada em um replanejamento da atividade:

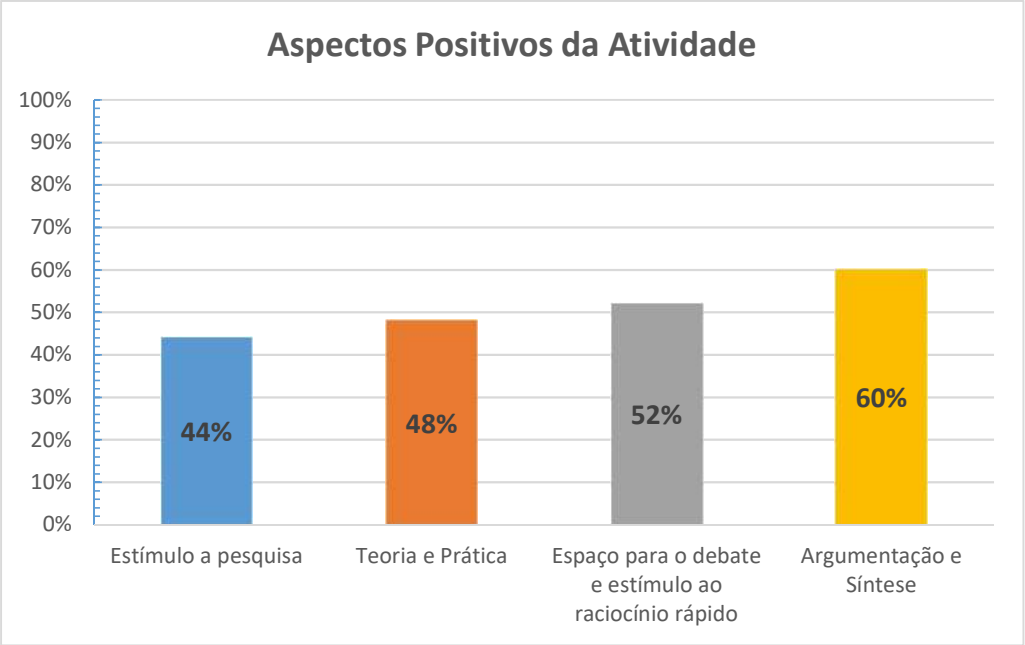
> Talvez direcionar os pontos a serem defendidos, por meio de perguntas preparadas previamente pelo professor, que devem ser respondidas para facilitar que se alcance o objetivo do trabalho. Após respondidas, ou uma vez respondidas, ficaria aberto o debate para informações extras.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

É importante destacar o quanto é proveitosa essa reflexão em conjunto- alunos e professores, uma vez que aponta soluções que não foram pensadas por quem elaborou a atividade.

Diante da análise da professora e da estagiária docente passa-se a análise realizada pelos alunos sobre os aspectos positivos da atividade, uma vez que em resposta a essa pergunta os discentes acabaram por citar pontos que representam os objetivos que se pretendia com a atividade.

Ao serem perguntados sobre os aspectos positivos da atividade e sobre sua potencial contribuição para a formação os alunos apontaram o estímulo a pesquisa, a possibilidade de concretização do conhecimento aliando teoria e prática, a possibilidade de criação de argumentos e de síntese dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais e a abertura do espaço para o debate estimulando o raciocínio rápido, principalmente na hora da réplica. É o que se percebe da análise no gráfico abaixo:



Tais aspectos observados pelos alunos como positivos na atividade também estão presentes nos objetivos da atividade pensados pela professora da disciplina. Isso é muito significativo porque representa que os alunos não só entenderam o objetivo da atividade, mas também consideraram estes como positivos para a sua formação.

Quanto ao primeiro aspecto levantado- *estímulo a pesquisa*- verifica-se que se encontra inserido no objeto que trata da sistematização das informações tendo em vista o que fora trabalhado em sala e as pesquisas realizadas. Nesse aspecto até mesmo a professora e estagiária docente ficaram surpresas com o nível de profundidade das pesquisas. Houve uma preocupação com levantamento de doutrina, jurisprudência, crítica a jurisprudência e até mesmo levantamento de dados sobre os assuntos abordados. Além disso, o fato dos temas serem controversos e os alunos terem tido contato com as argumentações de ambas as posições houve de certa forma um incentivo a posteriores pesquisas dentro da temática do direito administrativo.

Um fator a se observar quanto a esse objetivo é que um dos temas escolhidos para a realização do trabalho, mais especificamente o caso relativo ao poder de polícia, se apresentou de forma limitada, o que tornou a realização do trabalho referente a essa temática legalista e pouco crítico. Essa observação demonstra a necessidade de repensar esse caso em específico para a realização da atividade, uma vez que não foi capaz de gerar discussões que se desejava com a atividade. Parece que o problema apresentado se refere mesmo a escolha do caso a trabalhar e não a uma possível ausência de dedicação dos discentes para a atividade.

Quanto a esse mesmo objetivo que se pretendia trabalhar com essa metodologia os próprios alunos também apontaram a relevância da síntese das informações obtidas a fim de que a argumentação fosse consistente e coerente.

Outro objetivo que se relaciona aos aspectos positivos da atividade apontados pelos alunos é a aplicação dos conceitos do direito administrativo a casos concretos. Esse objetivo aparece nas respostas do questionário como, por exemplo, “relevância da junção teoria e prática e “Concretização do conhecimento”. Esse fator apesar da conceituação do direito administrativo não ter sido trabalhada em todos os casos como esperado acabou por atingir o maior propósito da atividade que é o estímulo ao estudo do direito administrativo.

Como aspectos negativos da atividade 5 alunos dentre os 25 que responderam levantaram a organização do debate com relação a delimitação de tempo de réplica e tréplica de modo que estes fossem concedidos de maneira equânime. De fato, o tempo dos debates não foi delimitado de forma rígida, mas essa foi uma opção da professora tendo em vista o objetivo da atividade de tornar os alunos protagonistas do processo e de trabalhar a argumentação.

É importante observar nesse quesito que foi dada a oportunidade para que os alunos realizassem a réplica ou a tréplica pelo tempo em que tinham argumentações. Ocorre que, alguns grupos davam por encerradas suas falas uma vez que esgotados seus argumentos e quando o outro grupo ia a tréplica se sentiam prejudicados pois estes levavam mais tempo com a sua argumentação. Mas, não houve nesse caso um tratamento desigual porque as argumentações não foram podadas de nenhum dos grupos.Pode-se pensar, porém em uma estratégia de delimitação rígida do tempo, o que possivelmente pode o momento rico de protagonismo dos alunos.

Outros aspectos considerados negativos por 3 alunos de um total de 25 questionados foi o curto espaço de tempo entre a divulgação do caso e a data da atividade. Esse aspecto deve ser levado em conta, pois a antecipação da divulgação do caso permite maior preparação e é essencial que os alunos se preparem previamente para esse processo de ensinagem.

Nesse sentido é preciso lembrar que Masetto ao defender a aula como espaço e tempo do aprendiz que se desenvolve na interação com o outro, perspectiva esta desejada pela metodologia analisada, adota como requisito a preparação pessoal deste. Para ele é indispensável que o aluno leia, procure compreender os textos, busque informações e se prepare para esse tempo em que ele vai interagir com os colegas e professores e, em equipe, estes vão aprender o que se propuseram (MASETTO, 2010, P. 21).

Por isso, ainda que pequeno o quantitativo de alunos que apontaram como ponto negativo o tempo de uma semana entre a divulgação do caso e a atividade, essa observação deve ser considerada tendo em vista o envolvimento e a assunção de responsabilidades pelo discente que a metodologia julgamento simulado objetiva.

Dessa observação dos alunos é possível retirar outro aspecto de crítica a forma como a atividade foi implementada. Essa preparação para a atividade deveria ter sido orientada pelo professor da disciplina e pela estagiária docente como indicação de leituras prévias. Apesar da atividade objetivar o estímulo a pesquisa esta deve ser orientada. E inclusive a indicação prévia de leitura é capaz de auxiliar na solução de outros aspectos da atividade que não foram bem explorados como os próprios conceitos do direito administrativo.

É claro que existem as indicações de leitura das aulas expositivas dialogadas referentes as matérias que também seriam trabalhadas pela metodologia julgamento simulado. Ocorre que, entendo necessária diante do que visualizei nas apresentações uma indicação de leitura prévia direcionada, o que logicamente não dispensa que os alunos ultrapassem essa leitura mínima indicada.

A não participação dos demais alunos que não apresentam o caso, mas se encontram como juízes também foi apontada como fator negativo por 3 alunos e deve ser levada em consideração tendo em vista o objetivo da atividade, devendo ser pensadas formas que possibilitam esse protagonismo dos demais.

Apesar dos aspectos negativos que exigem um repensar dessa metodologia é possível identificar nela aspectos que a tornam compatível com uma visão das aulas no ensino superior jurídico que superam a mera exposição e objetivam tornar-se espaço de convivência entre aprendizes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto diante das reflexões da professora, alunos e estagiária docente é possível concluir que a atividade "julgamento simulado" deve ser revista em alguns aspectos como a escolha de casos, indicação de leitura prévia, pontuação de conceitos a serem necessariamente abordados que podem ser colocados pelo professor por meio de perguntas e a participação dos alunos quando não estão na fase de defesa, mas de julgadores.

Porém, é possível concluir que existem aspectos positivos na aplicação dessa metodologia, permitindo considerar que esta ultrapassa a aula expositiva e se insere em uma nova visão do ensino jurídico que valoriza o aluno como protagonista e não como espectador do processo de ensino. Essa mudança, no caso concreto, foi percebida como positiva pelos alunos, pois, permitiu maior concretude dos temas trabalhados na disciplina, além de possibilitar o desenvolvimento da argumentação, da crítica e da pesquisa.

Trata-se de um desafio a alteração do ensino jurídico de forma a tornar a aula um espaço que ultrapassa a transmissão de conteúdos e atinge a apreensão. Mas, apesar de constituir um desafio é possível dizer que o resultado é compensador e motivador a inovar e repensar as práticas na docência.

É certo que há uma grande dificuldade de desapegar da exposição, do cronograma e da segurança que isso traz, porém é possível afirmar que as vantagens de estimular e fazer os alunos se sentirem envolvidos através de metodologias diferenciadas de ensino são inúmeras e não envolvem, pelo contrário, abrir mão do conteúdo. É que a abordagem muda, mas o conteúdo permanece ali, a forma que ele será trabalhado será mais envolvente e ao permitir que os alunos se sintam parte da aula e necessários a ela gera maior interesse no próprio conteúdo possibilitando maior aprendizagem.

REFERÊNCIAS

ANASTASIOU, L.G.C. & ALVES, L. P. Processos de Ensinagem na universidade: pressupostos para as estratégias de trabalho em aula. Joinville, SC: UNIVILLE, 2006.

LISITA, V. ROSA, D. & LIPOVETSKY, N. Formação de professores e pesquisa: uma relação possível. In: ANDRÉ, M. O Papel da pesquisa na formação e prática dos professores. Campinas, SP: Papirus, 2010. 11. Ed.

MASETTO, M. T. O professor na hora da verdade: a prática docente no ensino superior. São Paulo: Avercamp, 2010.

PERRENOUD, P, A Prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica. Porto Alegre: Artmed, 2002.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: POSSIBILIDADE OU UTOPIA PARA CRIANÇAS AFRICANAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL?

Roberto Carlos Ramos [1]
Jardelino Menegat [2]
Dirléia Fanfa Sarmento [3]

RESUMO: As reflexões apresentadas são oriundas de uma pesquisa documental que tem como foco analítico-discursivo o direito à educação de qualidade, compreendida a partir do que preconizam os Marcos Regulatórios da Educação, nos âmbitos nacional e internacional, refletindo sobre as decorrências do que estabelecem tais Marcos para a ação educativa nos diferentes contextos. Neste texto, direcionamos o olhar para um contexto educativo cujos estudantes são crianças que vivem em situação de vulnerabilidade social, numa Escola pertencente à Província La Salle Brasil-Chile, situada em Mangunde, no continente africano. Tendo presente a experiência de um dos autores deste texto como professor e gestor da Escola São Francisco de Assis, buscamos analisar as possibilidades e os limites da oferta de educação de qualidade para essas crianças, tendo presente o ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos.

PALAVRAS- CHAVE: Marcos Regulatórios da Educação. Direito à Educação. Crianças em situação de vulnerabilidade social.

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação figura ao lado de um conjunto de outros direitos fundamentais que devem ser assegurados a todas as crianças, relacionados à sua sobrevivência, ao seu desenvolvimento, à sua proteção e à sua participação. Tais direitos estão alicerçados no princípio da centralidade da criança em todas as ações e decisões referentes a ela. Enquanto prioridade absoluta é de competência da família, da sociedade e do Estado o dever de protegê-la e assegurar que seus direitos sejam observados (BRASIL, 1990, Art. 2, 3, 5). Ao nos direcionarmos às crianças, consideramos "como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes" (BRASIL, 1990). A garantia dos direitos da criança é uma das formas de minimizar a sua vulnerabilidade natural, cultural, social, ética e ontológica, sendo uma das condições fundamentais para o desenvolvimento integral e bem-estar infantil. Dessa forma, a obrigatoriedade da universalização e a oferta da educação gratuita e de qualidade para as crianças desde os quatro anos, constitui-se numa meta a ser efetivada pelas nações em curto espaço de tempo. (UNESCO, CONSED, 2001).

É possível observar que a discussão sobre o direito à educação tem se acentuado nas últimas décadas em decorrência, principalmente, de uma mobilização em nível mundial que vem se consolidando em torno da exigência do cumprimento de um conjunto de metas consideradas fundamentais para a oferta de educação de qualidade, a qual é defendida em vários Marcos Regulatórios

---

1 Mestre em Gestão Educacional pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – Unisinos – São Leopoldo – RS e Mestre em Ciência Política: Governação e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa – UCP, em Lisboa – Portugal. Diretor da Escola La Salle Esmeralda, em Porto Alegre-RS e Vice-Diretor do Colégio La Salle Dores, em Porto Alegre – RS. E-mail: roberto.ramos@lasalle.org.br

2 Doutorando em Educação pelo Centro Universitário La Salle (Canoas/RS). Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Reitor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – UNILASALLE – RJ. Chanceler da Universidade Católica de Brasília – UCB. E-mail: jardelino.menegat@lasalle.org.br.

3 PhD em Ciência da Educação pela Universidade de Algarve – Portugal. Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora do Programa de Pós-graduação em Educação do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE, Canoas – RS. E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br.

da Educação, em nível mundial, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), tais como a *Declaração Mundial de Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem* (1990); a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989); o *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: cumprindo nossos compromissos coletivos* (2000) e a *Declaração de Incheon-Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos.* No âmbito nacional, o direito à educação fica evidenciado em dispositivos tais como a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a Lei N.º 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei Nº 9394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), o Plano de Desenvolvimento da Educação (2007), as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica (Brasil, 2013) e no Plano Nacional da Educação. (BRASIL, 2014). Merecem destaque, também, no que se refere à observação dos direitos humanos, dispositivos tais como os Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH1, PNDH2 e PNDH3), a Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais e o Plano Nacional em Direitos Humanos.

Mediante o exposto, o texto tem por objetivo apresentar algumas reflexões, considerando o ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos, sobre as possibilidades e limitações da oferta de educação de qualidade para crianças africanas em situação de vulnerabilidade social, estudantes de uma escola mantida pelos Lassalistas, em Mangunde (África). Tendo presente a experiência de um dos autores deste texto como professor e gestor da Escola São Francisco de Assis, entre os anos de 2007 e 2011, analisamos as possibilidades e os limites da oferta de educação de qualidade para essas crianças, tendo presente o ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos.

Feitas tais considerações, em termos de estrutura textual, inicialmente introduzimos a temática analítica-discursiva. Na sequência, apresentamos a metodologia adotada. A seguir, explicitamos alguns fragmentos resultantes da experiência realizada por um dos autores num contexto educacional marcado pela vulnerabilidade social, salientando aspectos significativos que nos possibilitam refletir sobre o direito à educação de qualidade, estabelecendo relações com o preconizado pelos Marcos Regulatórios da Educação analisados.

2 METODOLOGIA

As reflexões apresentadas são oriundas de uma pesquisa documental que tem como foco analítico-discursivo o direito à educação de qualidade, compreendida a partir do que preconizam os Marcos Regulatórios da Educação, nos âmbitos nacional e internacional, refletindo sobre as decorrências do que estabelecem tais Marcos para a ação educativa nos diferentes contextos. Neste texto, direcionamos o olhar para a experiência realizada por um dos autores num contexto sociocultural, econômico e educacional onde tanto os educadores quanto as crianças se encontram em situação de vulnerabilidade social. A partir de fragmentos de alguns relatos acerca do vivido e refletido nesse contexto, revisitamos o que estabelecem alguns Marcos Regulatórios da Educação, no âmbito internacional, que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos, tendo como questão norteadora: *O direito à educação de qualidade é uma possibilidade ou uma utopia para crianças africanas em situação de vulnerabilidade social?* Dentre tais dispositivos destacamos a *Declaração Mundial de Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem* (1990); a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989); o *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: cumprindo nossos compromissos coletivos* (2000) e a *Declaração de Incheon- Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos.*

3 FRAGMENTOS E REFLEXÕES SOBRE UMA EXPERIÊNCIA VIVIDA

Conforme exposto na introdução, o texto relata a experiência vivida por um dos seus autores, atuando numa escola mantida pela Província La Salle Brasil-Chile, situada em Mangunde (Moçambique/África). Passamos ao relato:

> Em agosto de 2006, fui convidado pelo Irmão Superior Provincial dos Lassalistas a fazer parte de um projeto missionário em Moçambique, pois ele considerava que mesmo ainda sendo eu jovem religioso, teria condições de contribuir para aquela realidade, principalmente na formação dos professores. Imediatamente, aceitei o desafio. Porém, quando comuniquei minha decisão a meus pais, eles não concordaram. Imaginavam que iria morrer no meio da savana africana, em função da pobreza e das doenças que sabiam que eram existentes naquele continente. Fui para a África com o projeto de trabalhar por um ano e, se me adaptasse bem, poderia permanecer por mais tempo. Apesar das contrariedades na família, a África foi o local onde vivenciei as melhores experiências culturais e humanas da minha vida. [...]
>
> Da janela do presente contemplo cenários. Cumprindo horário de voos previstos, carregado de ansiedade e desafios, em 2007 cheguei à cidade da Beira, em Moçambique, África. [...] Imerso naquele novo momento de minha vida, hoje dou-me conta do quanto, na época, estava eu distante da compreensão de tudo o que me envolvia. Agora, eis que surge o desafio de rever tais experiências, descrevendo e refletindo sobre acontecimentos, buscando o sujeito educador e gestor que ali ia se constituindo [...] A República de Moçambique é um país localizado na costa oriental da África Austral. No contexto de pobreza, as chagas da escravidão e do passado colonial recente ainda estão vivas. Assim como o Brasil, Moçambique foi colonizado por Portugal, mas nesta nação africana as feridas do colonialismo ficaram bem mais expostas. Em termos educacionais, a taxa de analfabetismo em Moçambique, segundo dados do Instituto Nacional de Estatistas de Moçambique (2007), está em torno de 48%, chegando em alguns locais, a 68% da população. Além desses índices desfavoráveis, o país também enfrenta grandes dificuldades nas áreas da saúde, do saneamento básico e de moradia
>
> Mangunde não é um lugar de fácil acesso, pois está localizada em meio à savana moçambicana e as vias de acesso são precárias. Está um pouco isolada em relação aos centros comerciais e não há nenhuma possibilidade de utilizar os transportes públicos para chegar. As únicas alternativas são carro, ou barco pelo Rio Búzi, que corre ao lado, ou realizando uma longuíssima caminhada. Parte da estrada reúne condições aceitáveis de deslocamento, à exceção dos últimos 25 km, que são marcados por uma estrada de terra batida e rebatida por buracos e covas semeadas com irregularidades em meio à savana moçambicana. Considerada uma viagem perigosa através de um descampado elas continuarão eternizadas pelas reflexões que me proporcionaram durante as travessias [...] Mangunde é um povoado muito conhecido em Moçambique, localizado próximo da fronteira com o Zimbábue, às margens do Rio Búzi, habitado pelo povo de língua Ndau, que vive em uma realidade rural isolada e carente de infraestrutura, com uma expectativa de vida igual à da média do País. Mangunde é localidade de nascimento do líder da RENAMO – Afonso Daklhama, responsável por iniciar a guerra civil após a independência. Na província de Sofala, onde se localiza a comunidade de Mangunde, 15,5% da população entre 15 e 49 anos está contaminada com HIV/AIDS, índice que chega a 25,1% desta faixa etária na província vizinha, chamada Gaza. [...] Alguns professores do ensino primário eram alunos dos anos finais do ensino secundário. O problema da inexistência de professores e pessoal qualificados seguia sendo muito grave em Moçambique, principalmente nessas regiões mais remotas.
>
> [...] me confrontei com uma realidade de pobreza e exclusão fora dos padrões por mim imaginados, como modos de vida ainda tribais, condições econômicas e sociais das pessoas abaixo da linha da miséria, cultura tribal africana com seus costumes característicos, muito diferentes dos já vividos. Não poderia nem fugir, pois não havia

UNILASALLE CANOAS-RS

condições para isso. [...] visão africana de mundo, sua história, sua organização social, seus valores, sua ética, sua forma de transmitir esses valores às gerações mais novas, a dinâmica de tempo, tudo foi um aprendizado progressivo e diário nesse contexto. [...] Viver em Mangunde foi como que conectar-me a uma realidade mais profunda, ou seja, à realidade da maioria das pessoas que vivem na pobreza, onde o normal é a luta pela sobrevivência diária. Sobrevivência! Sim, as mulheres caminham quilômetros diariamente para buscar água; as crianças e os jovens pedem esmolas; a desnutrição de crianças é comum e em grande escala; a mortalidade precoce de pessoas causada por doenças como malária, tuberculose, cólera e AIDS faz parte do dia a dia. [...]

Nessa luta pela sobrevivência, percebe-se o povo na construção do mosaico diário, em longas filas, parecendo formigas no seu constante e diligente trabalho de armazenar provisões. São mulheres e crianças que caminham apressadas por trilhas abertas entre capins e plantações nas savanas. Carregam na cabeça coisas pequenas, embora sejam por vezes grandes cargas. Lenha, água, verduras, frutas, carvão, cereais. Coisas valiosas, se tomarmos em consideração as dificuldades enfrentadas para vencer a pobreza. [...] Com as diversas atividades, projetos, experiências e vivências junto à cultura africana aprendi a ter cuidado e respeito ao lidar com as pessoas e sua cultura, evitando situações que possam ferir as sensibilidades. [...] Apesar de todos os esforços realizados, principalmente da área da educação, após meu primeiro ano vivendo em Mangunde sentia que era necessário transcender, criar, inovar, oferecer oportunidades aos educandos e educadores. Existia o temor de cair na rotina e na acomodação do "sempre foi assim" e/ou "não temos condições", e, ao mesmo tempo, encarar desafios que poderiam ser resolvidos através da formação, que faria frente às preocupações com a acomodação, desenvolvida por meio de trabalho significativo e inovador. Porém, existiam alguns impasses no sistema educativo moçambicano.

A educação sempre esteve muito ligada à tradição, como por exemplo, às práticas e às crenças tribais, aos discursos dos educadores restritos e limitados a um sistema tradicional de ensino, associada ao passado e aos saberes acumulados, além da pouca valorização econômica, problemas de saúde, fome, baixa autoestima. Em princípio, aspectos que não conseguiam divorciar-se. A corrupção dos professores é um fenômeno tão conhecido quanto velado em Moçambique. Consiste na exigência, por parte de professores, de algum tipo de vantagem pessoal para aprovarem os alunos nas provas e nos exames. No caso dos meninos, o mais comum é o pedido de pagamento em dinheiro. No caso das meninas, proliferam relatos de professores que costumam exigir relações sexuais como moeda de troca pela aprovação. Como o respeito à hierarquia é um valor muito prezado em Moçambique – e a consciência sobre direitos humanos ainda pouco desenvolvida – as vítimas acabam cedendo e silenciando sobre a violação. Os casos correm à boca pequena, sem denúncias formais às autoridades. Esse tipo de assédio era muito comum nas escolas. Em muitas situações apontadas pela comunidade não havia muito o que fazer, pois essas questões e problemas eram vistos como algo normal, e que pouco ou nada poderia ser feito para mudar. Isso me inquietava, pois sendo educador, sempre acreditei que a educação pode ajudar a sair da "ignorância". Propostas e tentativas de inclusão nesse espaço de vunerabilidade social de converter a escola em um exercício de aprendizagem, inclusão social, formação para a vida, para o trabalho, para a cidadania e para a consciência crítica era meu maior desafio no processo de reinvenção, e, de certa forma, acabar com a ideia de que na África tudo é difícil.

Tendo fixado residência em Mangunde, Moçambique – África, atuei como professor e coordenador pedagógico na Escola São Francisco de Assis, e coordenei projetos sociais e educativos nessa escola. Desenvolvi projeto de formação de educadores lassalistas, adaptado à realidade da educação africana, em parceria com a Universidade Católica de Moçambique - UCM, na qual colaborei como docente ministrando as disciplinas de Introdução à Filosofia, Introdução à Sociologia e Ética Profissional, além de coordenador local do ensino a distância. Esses projetos de formação de professores foram bem acolhidos pelos professores moçambicanos e por instituições de ajuda internacional, que os financiavam como forma de melhorar os índices educativos daquele País. Para ampliar o número de educadores beneficiados por esses projetos, ampliei contatos com organizações não governamentais - ONGs europeias e com o Governo Norte-Americano, com o objetivo de obter apoio

financeiro, bem como aumentar o suporte aos voluntários dessas ONGs na área da formação de jovens e educadores. Os projetos formativos em Moçambique-África exigiram contatos diretos e frequentes com ONGs internacionais, seja na proposição de projetos de formação de professores ou de formação de lideranças, seja na prestação de contas dos projetos realizados. Por isso, fui desafiado a ampliar conhecimentos em nível de políticas públicas e sociais, gestão e relações internacionais, bem como entender melhor o papel que desempenham as ONGs em realidades marcadas pela vulnerabilidade social. [...] Acreditando na transformação das condições de vida das comunidades educativas, iniciou-se a mudança por meio de programas de capacitação e de qualificação para professores e colaboradores, organização de bibliotecas e formação de lideranças juvenis, destacando-se projetos financiados por organizações não governamentais italianas [...].

Missão de Ensinar: Projeto de Formação de Educadores e de Líderes em Moçambique. Esse projeto durou três anos (2008 – 2010), e beneficiou 160 professores e atingiu os seguintes objetivos: aprimorar o processo de formação de professores, possibilitando cultura e cidadania, valorizando a construção e a socialização do conhecimento como eixo fundamental da práxis educativa e social; reciclar e profissionalizar os professores para o exercício do magistério; contribuir significativamente para o progresso e o desenvolvimento da realidade local; estimular o futuro educador no esforço para superar suas deficiências e dificuldades, projetando suas ações em prol do desenvolvimento da sociedade, garantindo sua autosustentação.

Conhecimento é vida: Projeto de implantação de biblioteca. O projeto surgiu a partir da necessidade de organizar e renovar bibliotecas como início ao processo de transformação, pois a leitura impulsiona a qualidade do ensino-aprendizado, o desenvolvimento cultural e a inclusão de um povo e a formação de "massa crítica". Também era necessário melhorar o nível da educação como um todo, e das condições de trabalho. Esse projeto atingiu 6.000 estudantes e educadores, num período de dois anos (2009-2010), tendo investimentos econômicos por parte de organismos internacionais, que atenderam os seguintes objetivos: incluir, culturalmente, adolescentes e jovens, através do acesso à leitura, à cultura e ao conhecimento; adquirir acervo bibliográfico e informático, como obras e referências didáticas, paradidáticas, informativos, catálogos, enciclopédias, CDs, DVDs e periódicos de conhecimentos científicos acessíveis aos educandos, educadores e à comunidade; montar uma mapoteca (História, Geografia e Ciências) atualizada e que complementasse o acervo cultural a ser disponibilizado aos educadores, estudantes e à comunidade; capacitar profissionais para o manuseio do acervo bibliográfico (bibliotecário); formar comunidades de leitura; realizar cursos e treinamentos para o manuseio do acervo bibliográfico disponível; desenvolver ações e programações diversas de estímulo à leitura e à cultura, em todas as faixas etárias.

Estamos juntos pela vida: Projeto de formação de multiplicadores para a prevenção da AIDS em adolescentes moçambicanos. Projeto voltado para o atendimento da demanda na área da saúde, pois em Moçambique não há recursos humanos preparados suficientemente e que tenham condições de preparar outros multiplicadores para ações de intervenção com relação à AIDS (SIDA[4]) na difícil realidade das crianças, adolescentes e educadores moçambicanos. Para tratar desse tema, que envolve sexualidade-prevenção, são necessários profissionais especializados na área, com experiência na área da saúde e da educação, e com capacitação para lidar com os desafios culturais existentes no local, preparando multiplicadores capazes de dar continuidade às ações, colaborando para a melhoria da qualidade de vida, que é também um direito de toda a pessoa. O projeto "Estamos juntos pela vida"[5] foi mais uma iniciativa de aprimoramento do trabalho educativo realizado na escola. Nesse sentido, o Projeto visou às ações de educação para a saúde com focos específicos de atuação: realizar oficinas para informar e conscientizar adolescentes e jovens sobre os riscos da AIDS e as formas de prevenção, respeitando a questão cultural, com vistas à melhoria na qualidade de vida dessa população em situação de vulnerabilidade social; formar multiplicadores que possam dar continuidade ao trabalho de conscientização de

4 AIDS conhecida no país pela sigla do francês SIDA - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

5 Projeto Estamos juntos pela vida: formação de multiplicadores para a prevenção da SIDA em adolescentes moçambicanos, financiado pela Confederação Episcopal Italiana – CEI, em 2010.

outros jovens, através de preparação de voluntários em parceria com o Corpo da Paz[6], professores e religiosos; desenvolver pesquisa sobre o perfil dos jovens moçambicanos quanto ao comportamento sexual, formas utilizadas para a prevenção de doenças, elemento cultural, conhecimento sobre AIDS, testagens para o HIV, obtendo subsídios para outras oficinas na área da saúde e para o auxílio na formação de políticas na área de saúde preventiva.

"Chuta o SIDA": Projeto de educação para o desporto e prevenção do HIV em Moçambique. Nas escolas, as atividades educativas concebem o ser humano como uma unidade que se expressa na integração das áreas física, psíquica, espiritual, social e cultural. O uso do esporte foi bem posicionado, tornando-se parte da vida diária dos jovens, e através dessas atividades espera-se colaborar no combate, na descriminação e na proliferação do HIV/AIDS. O projeto teve duração de três anos (2008 – 2010), com os seguintes objetivos: promover a autoestima e a conscientização sobre a prevenção do HIV/AIDS através de atividades de educação esportiva; educar para o esporte em vista do crescimento humano como caminho para o desenvolvimento do potencial das crianças e dos jovens moçambicanos, a fim de que sejam capazes de compreender a sua realidade, realizar sonhos, participar da sociedade como cidadãos e contribuir com ideias e ações para transformar a própria vida e a das comunidades educativas; animar, proteger e apoiar as crianças e os jovens afetados pelo HIV/AIDS, através da prática esportiva; usar a prática esportiva para a valorização dos conhecimentos relativos à construção da autoestima, da identidade pessoal, do cuidado com o corpo, à valorização dos vínculos afetivos e para a negociação de atitudes e todas as implicações relativas à saúde da coletividade, na perspectiva da promoção de uma qualidade de vida saudável; usufruir da prática esportiva como instrumento e oportunidade de inclusão social; realizar atividades formativas sobre a prevenção do HIV/AIDS, sexo seguro e a saúde futura dos jovens; organizar atividades artístico-culturais com enfoque na prevenção de doenças.

Após o período de quatro anos, como principais impactos dos projetos, percebi crescimento progressivo referente à consciência crítica dos professores e dos educandos. Destaco, além disso, o dar-se conta do professor no dia a dia como contribuição decisiva para a construção e elevação da autoestima das crianças, dos adolescentes e dos jovens. Quem desenvolve nos estudantes as competências e habilidades que lhes permitem enfrentar os múltiplos desafios de hoje e de amanhã? Quem, através do trabalho árduo e da entrega abnegada à tarefa de ensinar, garante o cumprimento do programa curricular traçado pelo Ministério da Educação e Cultura de Moçambique.

O reforço da moçambicanidade[7], da autoestima e do exercício da cidadania através dos projetos, fortalecem aspectos que garantem junto aos professores e alunos o papel de agentes de transformação, no sentido de construir uma sociedade mais forte, mais próspera, menos pobre e mais justa e democrática. Cresce a consciência de que o processo de ensino-aprendizagem deve ter como centro o homem inserido numa sociedade e no mundo. O homem, a sociedade e o mundo são a razão da educação. Muitos educadores com os quais convivi e trabalhei sonhavam com uma educação humana, cristã, autônoma, livre. Esses projetos educativos[8] elevam o percentual de profissionais bem preparados para exercer a cidadania, para a formação humana e profissional dos educadores; e para a inclusão social de crianças em situação de vulnerabilidade social, contribuindo significativamente para o progresso e o desenvolvimento regional e local, operacionalizando atividades em benefício da comunidade local, para a melhoria da qualidade de ensino e o melhor aproveitamento pedagógico, e para a aprovação dos alunos nos exames nacionais, estimulando

---

6 O Corpo da Paz foi estabelecido pelo presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, em 1961, como agência independente do governo americano. Através dessa organização, americanos trabalham em iniciativas de promoção da saúde e da educação voluntariamente, por dois anos, em vários países do mundo. Sob um acordo específico com o governo moçambicano, desde 1998, 482 já participaram da missão, estando, atualmente, cerca de 140 voluntários em Moçambique. Disponível em: www.maputo.co.mz. Acesso em: 24 jul. 2014.

7 Severino Ngoenha, poeta moçambicano, enfatiza essa expressão como uma aglutinação de contextos culturais diversos pré-existentes que geraram Moçambique, e que no pós-independência essas diversidades foram reprimidas na construção do homem novo, não tendo, contudo, desaparecido o jeito de ser moçambicano.

8 Relatório final do projeto Missão de Educar (2011).

> constantemente o futuro educador no esforço de superar suas deficiências e dificuldades, projetando suas ações para um futuro desenvolvimento da sociedade local e regional de Moçambique. As relações interpessoais fortificaram-se muito entre os professores, alunos e a comunidade local, contribuindo para uma educação mais harmoniosa e ética, com base nos valores culturais e tribais locais. Os temas trabalhados durante os encontros reforçaram conhecimentos e fomentaram a consciência crítica dos educadores e as relações interpessoais entre professores, alunos e comunidade local. Também contribuíram para expandir conhecimentos sobre as leis do trabalhador moçambicano, regulamentando os funcionários do Estado para que conheçam sobre seus direitos e deveres no aparelho do Estado. E, por fim, fortaleceram o interesse e a preocupação com a saúde dos educadores e educandos, faixa etária atingida por alto índice de falecimento, principalmente em decorrência do HIV/SIDA. A participação e o envolvimento dos atingidos foram significativos. Neste sentido, tendo como base os pensamentos, as reflexões e as práticas pedagógicas vividas em Moçambique, os projetos realizados favoreceram o processo permanente de formação para incrementar a práxis educativa, concebendo que o educador, o educando e o processo educativo fazem parte integral do processo. Além disso, as experiências contribuíram para a satisfação pessoal de uma nova missão de gestor iniciada naquele país, e contribuíram para a qualidade e a emancipação da educação moçambicana [...].
> Naquele contexto, parte das metas de inclusão social para a educação foi vivenciada através de projetos educacionais, que tornam evidente a busca da promoção dos direitos e oportunidades de crianças, adolescentes e professores, pois os projetos educativos têm a missão de combater o abandono escolar precoce, promover práticas educativas e a formação de cidadãos que contribuem para a mudança do contexto social no qual estão inseridos.

Dentre os conteúdos constantes nos fragmentos do relato acima, destacamos alguns elementos que consideramos primordiais quando o assunto em tela é a educação de qualidade, compreendendo que

> A qualidade está no cerne da educação e o que tem lugar nas salas de aula e em outros ambientes de aprendizagem é fundamentalmente importante para o bem-estar futuro das crianças, jovens e adultos. Educação de qualidade é aquela que satisfaz as necessidades básicas de aprendizagem e enriquece a vida dos educandos e sua experiência global de vida. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 20).

A qualidade educacional de um país está relacionada com os recursos econômicos e financeiros que o país dispõe e reflete a qualidade das condições do povo desta nação em várias outras dimensões. Portanto, a educação não pode ser analisada de forma isolada. Especialmente nos países subdesenvolvidos e em vários que se encontram em desenvolvimento, o aumento do contingente de pessoas que vivem em contextos de extrema miséria nos fazem refletir sobre o sentido da educação para as pessoas que vivem em tais condições. Para muitas delas, conforme podemos observar no relato apresentado, significa um sinal de esperança, de possibilidade de superação das adversidades que se apresentam. Para outras tantas, talvez nem sentido tenha, quando as necessidades básicas de sobrevivência lhes são negadas, como a alimentação e a saúde, por exemplo. No caso em tela, constata-se ainda um número significativo de pessoas contaminadas com o HIV/SIDA, sendo esta uma preocupação presente no Marco de Ação de Dakar:

> A ameaça do HIV/AIDS à consecução das metas da EPT e, mais amplamente, ao desenvolvimento, representa um grande desafio, especialmetne na África subsaariana. O terrível impacto do HIV/AIDS sobre a demanda, a oferta e a qualidade da educação exige atenção explícita e imediata na formulação de políticas e no planejamento nacional. Os programas para o controle e a redução da difusão do vírus deve fazer o máximo uso do potencial da educação para transmitir mensagens sobre a prevenção e para mudar atitudes e comportamentos. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 17).

Podemos perceber no relato, que a ênfase dos projetos *Estamos juntos pela vida: Projeto de formação de multiplicadores para a prevenção da AIDS em adolescentes moçambicanos* e *"Chuta o SIDA": Projeto de educação para o desporto e prevenção do HIV em Moçambique,* focalizou justamente ações educativas com vistas ao esclarecimento e à prevenção contra a transmissão do vírus, presente em grande parte da população moçambicana. O documento salienta, ainda, o compromisso de todos com relação a ações relativas à contenção da disseminação do HIV/AIDS:

> A pandemia do HIV/AIDS está solapando o avanço em direção à Educação para muitas partes do mundo, por afetar gravemente a demanda, a oferta e a qualidade da educação. Essa situação exige atenção urgente dos governos, da sociedade civil e da comunidade internacional. Os sistemas educacionais devem sofrer mudanças definitivas para que possam sobreviver ao impacto do HIV/AIDS e conter sua disseminação, especialmente em resposta ao impacto sobre a oferta de professores e a demanda dos alunos. Para serem alcançados os objetivos da EPT será necessário colocar o HIV/AIDS como a mais alta prioridade nos países mais atingidos, mediante um compromisso político firme e sustentado; levar em conta o HIV/AIDS em todos os aspectos da política; reformular a formação de professores e os currículos; e aumentar significativamente os recursos para levar a cabo essas medidas. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 23-24).

Todas as pessoas, independentemente da sua condição, possuem potencial para a aprendizagem, o que rompe com a ideia que os fenômenos da repetência e da evasão escolar, por exemplo, são decorrentes das incapacidades cognitivas de determinadas crianças. Entretanto, qualquer pessoa para se desenvolver integralmente, precisa ter acesso a condições que contribuam para tal desenvolvimento, pois "há forte correlação entre o baixo nível de matrícula, a retenção deficiente e os resultados insatisfatórios de aprendizagem, e a incidência da pobreza". (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15). Portanto, o destino de recursos e o investimento na educação deve ser assegurado, sendo que

> Muitos governos não dão à educação a suficiente prioridade em seus orçamentos nacionais. Muitos deles não utilizam efetiva e eficientemente os recursos para a educação e frequentemente subsidiam grupos abastados em detrimento dos pobres. [...] A educação não deve excluir nem discriminar. Todo governo tem a responsabilidade de oferecer educação fundamental gratuita e de qualidade, de modo que nenhuma criança seja impedida de estudar por falta de recursos financeiros. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 16).

Assim, além do investimento na educação, o investimento por parte dos governantes em políticas e programas de habitação, saneamento básico e saúde são primordiais para que as pessoas disponham de um espaço com o mínimo de dignidade para viverem e terem perspectivas de desenvolvimento. Conforme exposto no Marco de Ação de Dakar:

> Lamentavelmente, a realidade tem focado aquém dessa visão: a milhões de pessoas ainda é negado o direito à educação e às oportunidades que ela dá para que se viva uma vida mais segura, mais saudável, mais produtiva e mais satisfatória. Essa eficiência tem múltiplas causas: débil vontade política, recursos financeiros insuficientes e utilização ineficiente dos disponíveis, encargos da dúvida, atenção inadequada às necessidades de ensino dos pobres e excluídos, falta de atenção à qualidade do ensino e ausência do compromisso de superar as disparidades de gênero. Não resta dúvida de que são tremendos os obstáculos para alcançar a Educação para Todos. Contundo, eles podem e devem ser superados. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15).

Iniciativas como a relatada sinalizam que o estabelecimento de redes de cooperação entre diversas organizações é um fator diferencial para a consecução dos objetivos educacionais, sejam tais

organizações dentro de um mesmo país ou compreendendo diversos países. Dessa forma, "O papel indispensável do Estado na educação deve ser suplementado e apoiado por parcerias ousadas e abrangentes em todos os níveis da sociedade. A Educação para Todos implica o envolvimento e o compromisso de todos com a educação". (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15). Assim,

> Parcerias entre governos, ONGs, comunidades e famílias podem ajudar a garantir a prestação de boa assistência e educação para crianças, especialmente as mais desfavorecidas, mediante atividades centradas na criança e na família, com base na comunidade e apoiada por políticas multissensoriais e recursos adequados em âmbito nacional. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 18).

Nessa linha reflexiva, a educação é compreendida como responsabilidade e compromisso a serem assumidos por todos, sendo que o contexto escolar é apenas uma parte desse conjunto. Isso fortalece ainda mais a ideia da relação entre família e escola, buscando ambas instituições alternativas e ações conjuntas que contribuam para o desenvolvimento e a aprendizagem das crianças. A Declaração de Incheon enfatiza o papel transformador da educação, salientando que:

> Nossa visão é transformar vidas por meio da educação ao reconhecer seu importante papel como principal impulsionador para o desenvolvimento e para o alcance de outros ODS propostos. Comprometemo-nos, em caráter de urgência, com uma agenda de educação única e renovada, que seja holística, ousada e ambiciosa, que não deixe ninguém para trás. Essa nova visão é inteiramente captada pelo ODS 4 *"assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos"* e suas metas correspondentes. Com essa visão, transformadora e universal, percebem-se as "questões inacabadas" da agenda de EPT e ODM relacionadas à educação e também se abordam desafios globais e nacionais da educação. Ela é inspirada por uma visão humanista da educação e do desenvolvimento, com base nos direitos humanos e na dignidade; na justiça social; na inclusão; na proteção; na diversidade cultural, linguística e étnica; e na responsabilidade e na prestação de contas compartilhadas. Reafirmamos que a educação é um bem público, um direito humano fundamental e a base que garante a efetivação de outros direitos. Ela é essencial para a paz, a tolerância, a realização humana e o desenvolvimento sustentável. Reconhecemos a educação como elemento-chave para atingirmos o pleno emprego e a erradicação da pobreza. Concentraremos nossos esforços no acesso, na equidade e na inclusão, bem como na qualidade e nos resultados da aprendizagem, no contexto de uma abordagem de educação ao longo da vida. (DECLARAÇÃO DE INCHEON, 2015, grifo do documento).

Para cumprir seu papel, a educação de qualidade requer que os ambientes de aprendizagem possuam recursos humanos, físicos e materiais condizentes com o perfil, características e necessidades dos estudantes que atende.

> Todos os participantes – professores e alunos, pais e membros da comunidade, trabalhadores da área da saúde e funcionários do governo local – devem trabalhar juntos para desenvolver ambientes que levem à aprendizagem. Para oferecer educação de boa qualidade, as instituições e os programas educacionais devem receber recursos adequados e equitativos, sendo exigências essenciais: instalações seguras, acolhedoras como ambiente e facilmente acessíveis; professores bem motivados e profissionalmente competentes; e livros e outros materiais e tecnologias de ensino especificas para cada contexto. [...] (UNESCO, CONSED, 2001, p. 24).

A formação dos profissionais da educação, especialmente dos professores, merece atenção especial, pois provavelmente quanto maior for a qualificação dos profissionais, mais qualificadas serão as práticas educativas.

> Os professores são atores essenciais na promoção da educação de qualidade, quer nas escolas, quer em programas comunitários mais flexíveis; são defensores e catalisadores da mudança. Nenhuma reforma educacional será bem-sucedida sem a participação ativa e a preponderância dos professores. Em todos os níveis da educação, os professores devem ser respeitados e adequadamente remunerados; ter acesso à formação e ao desenvolvimento e ao apoio profissional permanente [...] e ser capazes de participar, local e nacionalmente, das decisões que afetam a vida profissional e o ambiente de ensino. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 25).

Na tentativa de encontrarmos possíveis respostas à questão que nos mobilizou a refletir sobre a experiência relatada, fazendo uma leitura à luz do ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que selecionamos, entendemos que assim como são muitos os fatores limitantes, igualmente são múltiplas as possibilidades que se apresentam para que possamos, mesmo que de forma considerada tímida e localizada, contribuir para a construção de educação de qualidade. Por fim, encontramos eco e nos unimos ao compromisso firmado por meio da Declaração de Incheon:

> Comprometemo-nos com uma educação de *qualidade* e com a melhoria dos resultados de aprendizagem, o que exige o reforço de insumos e processos, além da avaliação de resultados de aprendizagem e de mecanismos para medir o progresso. Garantiremos que professores e educadores sejam empoderados, recrutados adequadamente, bem treinados, qualificados profissionalmente, motivados e apoiados em sistemas que disponham de bons recursos e sejam eficientes e dirigidos de maneira eficaz. A educação de qualidade promove criatividade e conhecimento, e também assegura a aquisição de habilidades básicas em alfabetização e matemática, bem como habilidades analíticas e de resolução de problemas, habilidades de alto nível cognitivo e habilidades interpessoais e sociais. Além disso, ela desenvolve habilidades, valores e atitudes que permitem aos cidadãos levar vidas saudáveis e plenas, tomar decisões conscientes e responder a desafios locais e globais por meio da educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e da educação para a cidadania global (ECG). (grifo do documento).

UNILASALLE
CANOAS-RS

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto apresentou algumas reflexões atinentes ao ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos, articulando-os a uma experiência num contexto educacional para crianças africanas em situação de vulnerabilidade social, estudantes de uma escola mantida pelos Lassalistas, em Mangunde (África).

Os conteúdos presentes nos fragmentos da experiência relatados nos inspiram a repensar as experiências educativas, articulando-as aos propósitos educativos presentes nos Marcos Regulatórios da Educação, nos quais a educação é considerada um dos instrumentos de libertação, inclusão e de transformação social, capazes de proporcionar a construção de uma sociedade mais justa e igualitária em qualquer contexto. Percebemos, também, a ênfase em prol da educação de qualidade como um direito a ser assegurado a todos. Entretanto, ao refletirmos sobre o que versam tais dispositivos e a realidade cotidiana que vivem muitas pessoas, percebemos a existência de um abismo entre o escrito e o vivido. Ou seja, por um lado um conjunto de Marcos Regulatórios idealizadores da educação, com uma proposta de inclusão social por meio de educação de qualidade, própria para realidades que aspiram à erradicação da vulnerabilidade social e; por outro, a realidade de vários países, tais como os da África, que carregam as marcas de vários tipos de exclusão, onde grande parte da população não possui acesso a condições mínimas de saúde, de moradia, de alimentação, de educação, ferindo em todos os sentidos a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
___. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 22 nov. 1990.

___. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

___. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 23 dez.

___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-1). Brasília-DF: SDH/PR, 1996.

___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-2).

___. Plano de Desenvolvimento da Educação. Brasília-DF: Ministério da Educação, 2007.

___. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos/ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. – Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Ed. rev. e atual. Brasília-DF: SDH/PR, 2010.

___. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. *Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica*. Conselho Nacional da Educação. *Câmara Nacional de Educação Básica.* Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Currículos e Educação Integral. Brasília-DF: MEC, SEB, DICEI, 2013.
___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais – Brasília-DF: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

___. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências, 2014.

CHARLIN, Manuel Juan Pérez. La formación de los religiosos africanos. Revista Vida Religiosa. N.95. Madrid, 2003.

COTRIM, Teresa. O embundeiro: Uma árvore secular magnífica e imponente. Disponível em: http://viajar.sapo.mz/curiosidades/embondeiro>. Acesso em: 10 nov. 2014.

DECLARAÇÃO DE INCHEON. UNESCO, 2015.

DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE EDUCAÇÃO PARA TODOS: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, UNESCO, 1990.

EDUCAÇÃO PARA TODOS – O Compromisso de Dakar. Brasília-DF: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (INDE). Moçambique. Censo Geral da População e Habitação 2007, realizado pelo Instituto Nacional de Estatística de Moçambique. Disponível em: <http://www.ine.gov.mz>. Acesso em: 30 jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS -ONU. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989.

RAMOS, Roberto Carlos. Presença Lassalista em Moçambique. Revista Comunicação. Província Lassalista de Porto Alegre. Ano 36, N.166. Set/2008.

___. Pequenas coisas que me animam a prosseguir na missão. Revista Vida Partilhada. Província Lassalista do Brasil. Ano 2, n. 04, Dez/2010.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DIREITO A EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: UMA ESCOLA DE SEGUNDA OPORTUNIDADE ITALIANA DESTINADA A JOVENS SOCIALMENTE EXCLUÍDOS.

Roberto Carlos Ramos[1]

RESUMO: Este estudo descreve experiências educacionais em Scampia, na Itália, onde os desafios do cotidiano e do contexto serviram como motivação para construir o Projeto *Io Valgo* (Eu tenho valor), numa escola Lassalista de segunda oportunidade para jovens, com abandono escolar. O objetivo é refletir, tendo presente o ideário nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos, sobre as possibilidades e limitações da oferta de uma educação de qualidade para jovens italianos com abandono escolar e socialmente excluídos. Dentre entre os resultados está a inserção dos jovens a vida social e profissional, conclusão do ensino básico, oferta de novos caminhos de crescimento pessoal e de aprendizagem.

PALAVRAS CHAVE: Direito a educação de qualidade. Escola de Segunda Oportunidade. Inclusão de jovens.

1 INTRODUÇÃO

As reflexões apresentadas são oriundas de uma pesquisa documental que tem como foco analítico-discursivo o direito a educação de qualidade, compreendida a partir do que preconizam os Marcos Regulatórios da Educação, nos âmbitos nacional e internacional, refletindo sobre as decorrências do que estabelecem tais Marcos para a ação educativa nos diferentes contextos. Neste texto, direcionamos o olhar para um contexto educativo cujo estudantes vivem em situação abandono escolar, numa escola pertencente a Província Lassalista da Itália, situada no bairro de Scampia, periferia da cidade de Nápoles – Itália, dominado pela máfia Camorra. Tendo presente a minha experiência como educador do Centro Educativo Lassaliano, analiso as possibilidades e limites da oferta de uma educação de qualidade para estes jovens, tendo presente o ideário presente nos Marcos Regulatórios da Educação que versam sobre a educação de qualidade como um direito de todos.

A preocupação com a educação dos jovens fica evidenciado nos Marcos Regulatórios da Educação, como por exemplo o *Marco de Ação de Dakar Educação para Todos: Cumprindo nossos compromissos coletivos* (2000), documento que reafirma os compromissos firmados por meio da a *Declaração Mundial de Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem* (1990).

O Marco de Ação de Dakar coloca, como uma das metas a serem perseguidas, a de *Assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam satisfeitas mediante o acesso equitativo à aprendizagem apropriada e a programas de capacitação para a vida.* De acordo com este documento:

> Os jovens, especialmente as moças adolescentes, enfrentam riscos e ameaças que limitam as oportunidades de aprendizagem e desafiam os sistemas educacionais. Entre eles, a exploração no trabalho, a falta de emprego, o conflito e a violência, o uso de drogas, a gravidez na adolescência e o HIV/AIDS. Programas de apoio aos jovens devem ser proporcionados para fornecer informação, habilidades, aconselhamento e serviços necessários para protegê-los desses riscos. A todos os jovens deve ser dada a oportunidade de seguir sua educação. Para os que abandonam a escola, ou a completam, sem ter adquirido os conhecimentos de alfabetização, cálculo, e

1 Mestre em Gestão Educacional pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – Unisinos – São Leopoldo – RS e Mestre em Ciência Política: Governação e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa – UCP, em Lisboa – Portugal. Diretor da Escola La Salle Esmeralda, em Porto Alegre-RS e Vice-Diretor do Colégio La Salle Dores, em Porto Alegre – RS. E-mail: roberto.ramos@lasalle.org.br

> habilidades para a vida de que necessitam, deve haver uma variedade de opções para que continuem sua aprendizagem. Essas oportunidades devem ser ao mesmo tempo significativas e relevantes concernentes a seus respectivos ambientes e necessidades, ajudando-os a se tronarem agentes ativos na modelagem de seu futuro e desenvolverem habilidades úteis relativas ao trabalho. (UNESCO, CONSED, 2001, p.19).

Tendo presente tais pressupostos, na sequencia relato a experiência vivida atuando no projeto Io Valgo.

2 O CONTEXTO DA EXPERIÊNCIA VIVIDA

Conforme exposto, o presente artigo resgata a experiência em Nápoles – Itália entre 2011 e 2013, onde vivi experiências e práticas educativas num bairro chamado Scampia, envolvendo desde a descrição do contexto social e da experiência de escola de segunda oportunidade.Contextualizando o ambiente na qual permeia o tema do artigo, Scampia é um bairro da periferia da cidade de Nápoles-Itália, dominado pela Camorra, que se alimenta de seus filhos,

> Aqui os jovens morrem. Em nossas famílias, as famílias dos nossos jovens têm flores finas de vítimas de assassinatos, 18 anos, 17 anos, as pessoas vão para a cadeia nesta idade, adolescentes viúvas aos 19 anos de idade, crianças órfãs, mesmo antes do nascimento. Nós não estamos falando sobre questões filosóficas, mas sobre a dura realidade. Scampia é um bairro da Itália onde tudo isso é uma das melhores hipóteses; os jovens que estão na prisão por assassinato são trinta vezes superiores aos de Palermo, sessenta vezes a mais que Milão. Estamos em uma situação em que existem milhares de indivíduos cuja vida é a morte: as mortes na cadeia civil acabam com tiro na rua, acabam em uma calçada morto pela estrada, acabam em uma cama de hospital morto por droga. E isso não é algo que eu vejo com as curvas harmoniosas de uma meta, a uma distância, não! Isso é o que eu vejo lá em baixo das casas, meus vizinhos, minha situação. (BARRA, 2004, p. 89, tradução nossa).

UNILASALLE CANOAS-RS

Nesse bairro ocorrem diferentes tipos de exclusão social. Pode-se encontrar facilmente a "cultura da pobreza". Uma pobreza que é passada de geração em geração, além de situações graves de marginalização que se escondem atrás de algum bem-estar, um bairro com a maior presença de crime organizado e altas taxas de desemprego. Em geral, os jovens são atingidos diretamente pelos problemas sociais da geografia urbana, nomeadamente chamados de desemprego, analfabetismo, disseminação do trabalho ilegal, alta taxa de reprovação e evasão escolar (antes dos 16 anos de idade), elevado número de mães solteiras, alto número de crianças que estão sendo tratadas nos tribunais de menores, altas taxas de criminalidade, condenações penais e penas de prisão doméstica. (BRIGHETTI, 2006).

Nápoles é a cidade onde, apesar dos muitos projetos, o fenômeno do abandono escolar precoce continua a ser uma preocupação. A prevenção diz respeito a 1% a 2% das crianças da escola primária, 30% dos jovens em idade escolar média, que não concluíram o Ensino Fundamental, e 40% dos jovens desistem no primeiro ano da Educação Superior. (CAPPELLACCI; PACITTI, 2006).

De acordo com Cesare Moreno (2011), os dados de dispersão nos dizem que "todos os anos há cerca de 880 crianças e jovens fora da escola napolitana". Os jovens devem ter a liberdade de estudar, mas não se trata só de liberdade: estes jovens não podem acumular perdas, e nem podem cair de forma temporária, mas evitar o início de uma cadeia que os levará a acumular ódio, ressentimento e falta de vontade.

A principal preocupação era saber, quais as causas de os jovens estarem fora do sistema escolar. Seriam causas a pobreza material, a exclusão cultural, a crise dos quadros de professores, a influência da Camorra, as políticas educacionais tradicionais e pobres de oferta atrativa aos jovens? Ou a rigidez disciplinar dessas escolas?

Das diversas escolas no bairro de Scampia que visitei, as propostas pedagógicas, em teoria, são inclusivas e "para todos", mas, na prática, não conseguiam incluir a todos e ser "para todos". Esse modelo de ensino era mais exclusivo que inclusivo, e muitos dos alunos eram vítimas do sistema da Camorra, que apresentava ofertas econômicas mais "atrativas" que as escolas.

Em alguns casos, o abandono era momentâneo, era um período de reorientação e, portanto, de aprendizagem. Mas se o abandono escolar fosse definitivo poderia ser o primeiro passo de um processo gradual de exclusão: a falta de formação significa estagnar-se na pobreza e mais exclusão social, desde muito jovens, e isso leva a produzir desperdício de recursos humanos, que, muitas vezes, resulta em maior número de jovens e adultos rebelando-se contra a sociedade. (BRIGHETTI, 2006).

A pobreza, a criminalidade, a exclusão e a dispersão escolar deveriam estar ligadas a uma energia positiva, a uma esperança de mudança, ao desejo de construir um futuro melhor a partir das novas gerações, proporcionando aos educadores e familiares desenvolver nos jovens o protagonismo.

3 O PROJETO *IO VALGO*

Io Valgo é um projeto de inclusão social e de recuperação de jovens que vivem o abandono escolar. É animado pela cooperativa social Olhos Abertos. É financiado pela União Europeia, em âmbito de projetos sociais, para a região sul da Itália. Tem o intuito de oferecer a melhor forma educativa aos meninos e meninas que já não se sentem "em casa" no curso de formação obrigatório, para que tenham a chance de renascer a partir do valor que eles mesmos possuem e não o reconhecem. (PARLAMENTO EUROPEO, 2011).

Promovendo os direitos e as oportunidades aos adolescentes, *Io Valgo* tem a missão de combater o abandono escolar e facilitar práticas educativas que auxiliem a melhorar a vida dos jovens, não só no que diz respeito à educação formal, mas também para serem cidadãos no contexto social onde vivem.

Durante os dois anos que atuei nesse projeto procurei conhecer muitas coisas e contribuir para a execução do projeto. O que ficou foram as experiências vividas, que agora teorizo a partir das observações, recordações construídas nesse período. O que me instigou, o que me afetou, intrigou, perturbou desde a minha chegada foram as seguintes perguntas: O que é uma escola de segunda oportunidade? Que diferencial educacional o projeto *Io Valgo* promove nesse contexto? O que ensina a Casa *Arcobaleno*? O mais curioso era saber por que tantos educadores, estagiários, voluntários da Itália e União Europeia, e até mesmo Irmãos Lassalistas, tinham a curiosidade ou a necessidade de estudá-la, observá-la, entendê-la, vivê-la? O que será que eles descobriram? Que experiências tiveram? Alguns idealizadores do projeto perceberam que

> O que está faltando na escola parece ser um projeto de formação que una o crescimento e a aprendizagem, um modelo de ensino que se baseie em responsabilidade educativa de um grupo de professores, obrigatórios e regulares, uma rede coeducacional da escola, da família, dos estudantes evadidos da escola e do meio ambiente. Um projeto de inserção em meio à realidade dominada pela Camorra em Scampia e orientações sobre onde o aluno se reconhece, tendo o professor envolvido em uma autêntica atividade de produção e envolvimento afetivo cuja gênese e cujo progresso estão profundamente voltados para o educando, assim como para o trabalho e o estudo do aluno em vista da sua transformação. (PROGGETO IO VALGO, 2008, p. 04, tradução nossa).

Diante das vozes e olhares dessa realidade, além de desenvolver minha atividade educativa tive a sorte de conhecer, vivenciar e estudar este projeto, e conhecer alguns dos protagonistas, fazendo com que o projeto

> Se enchesse de sentido/significado, para além da escrita intelectual e acadêmica". Tornando-o "um diálogo intenso do eu com o eu, com os outros, com a dúvida, com certezas, com o que sei, com o que sou, com o muito que tenho que caminhar, enfim, com a vida. (MARQUES, 2001, p.145, tradução nossa).

O que segue é o resultado das minhas vivências e experiências, mas em palavras e textos escritos pelos protagonistas em mim, além do cotidiano do projeto, ou seja, uma viagem que me levou a conhecer os educadores e os jovens, além da realidade local.

Um olhar para dentro que os diferentes papéis se encontram emerge nas minhas vivências e experiências. O projeto *Io Valgo* atende em média 30 jovens entre 14 e 16 anos foragidos da escola, no período de restabelecimento das falhas graves cometidas: agressões físicas a colegas e professores, e ausências nas aulas. Alguns foram expulsos por serem considerados não compatíveis com o contexto escolar. Muitos deles vinham de "famílias-problema": o pai ou o irmão já se encontravam na cadeia ou foram mortos em uma das guerras entre clãs da Camorra. Às vezes, as meninas viviam em situações que podem ser classificadas como de escravidão doméstica.

A vida desses jovens era marcada por histórias de sofrimento e na escola encontravam muitas dificuldades, assim como na família e na sociedade. Eis que eram consideradas pessoas falidas e perdedoras. Como resultado, eram adolescentes deprimidos ou agressivos, talvez tenham crescido e se desenvolvido fisicamente de maneira rápida demais, mas, emocionalmente, são muito imaturos para sua idade. Em contrapartida, tinham uma forte identidade com o bairro e fortes ligações com a Camorra. *Io Valgo* oferecia uma segunda oportunidade para concluírem o Ensino Fundamental italiano, mas, acima de tudo, uma oportunidade de reconstruir sua identidade e olhar a realidade com novos olhos.

O projeto era presidido por dois dirigentes escolares: um diretor e um vice-diretor (função desempenhada por mim), uma coordenação pedagógica, que era composta por um grupo de dois docentes, uma psicóloga, um profissional do serviço social e um técnico-administrativo; essa equipe se reunia uma vez por semana para planejar e organizar as atividades educacionais.

O projeto *Io Valgo* (2008), envolve professores das disciplinas de Língua Italiana, Inglesa e Francesa, Matemática, Ciências Sociais e da Terra, Artes e Educação Física. Em cada disciplina, os professores seguiam três classes de 10 alunos. Em situações tão difíceis, precárias e graves, o comportamento dos jovens era de agressividade. Mas, com o passar do tempo, com calma, os professores passavam a ser um importante ponto de referência: os adolescentes começavam a criar vínculos muitos especiais, que ultrapassavam o papel do simples aprender-ensinar. O professor não é um transmissor do conhecimento, mas é aquele que constrói, junto com os jovens, o conhecimento, numa relação de aprendizado mútuo, de atenção e de cuidado com os alunos em relação às suas preocupações, medos, ansiedades, inseguranças. (FILIPPINI; GIUSTINI, 2010).

Nas formações com os educadores, a equipe, com o foco na união grupal, contribuía para que todos atuassem na mesma direção, ligados a um objetivo comum, se ajudando mutuamente a superar os momentos difíceis que surgiam como consequência do perfil de jovens que chegavam ao projeto.

Ser um professor significa ser um educador dentro e fora do projeto. Quando os professores colocavam o coração e a alma no que faziam, eram capazes de construir uma relação de confiança, empatia e cumplicidade com os jovens, o que abria portas para a realização de um caminho juntos. (OSTER, 2000).

Compartilho algumas experiências vividas junto aos adolescentes: Federica[2] vivia no mesmo prédio da residência onde residia; muitas vezes nos cruzávamos no elevador ou nos corredores do edifício e até nos cumprimentávamos, mas nem sempre. Quando passou a fazer parte do projeto *Io Valgo*, a pedido da escola onde havia abandonado os estudos, ela mudou totalmente a sua postura. Além

2 Nome fictício.

de ser mais feliz, passou a tratar bem as pessoas e ver a vida de forma entusiasmada. Pietro[3] era um garoto quieto, pequeno para a sua idade, mas até a polícia e a assistente social foram incapazes de levá-lo de volta para a escola; só depois de uma mediação entre a escola e a Casa *Arcobaleno* foi possível levá-lo para o projeto. As primeiras semanas dele foram caracterizadas como agregação. Pietro progressivamente se aproximou dos colegas, e deu-se a conhecer e fazer algumas atividades escolares. Tornaram-se manifestos seus potenciais e suas riquezas escondidas. Era sensato ao descobrir uma nova dimensão de estar juntos, aderindo às orientações do ambiente e colocando-as em prática. Começou a desenvolver atividades esportivas, realizar passeios para conhecer a cidade de Nápoles, assistir filmes, participar de minilaboratórios manuais de negócios e cozinha, atividades por meio das quais os jovens descobriam uma dimensão diferente das relações que estabeleciam até então.

Os espaços deveriam transmitir algo neles que poderia gerar transformação, para isso,

> [...] na Casa *Arcobaleno* nasce um espaço educativo reconhecido como uma casa e não uma escola, que escolheu o acolhimento e a criação de um ambiente agradável e "quente" como o primeiro desafio para a feiura dos edifícios da área. A escolha de um ambiente diferente provou o seu valor, pois permitiu uma "desorientação" no bairro, uma sensação de estar em um lugar novo que de alguma forma significava a cura, um lugar onde eles recebem proteção, incentivo, conforto, confiança. (MÜLLER, 2008, p.4, tradução nossa).

Após a fase inicial de conhecimento prévio e entrevista pessoal, que pretende explorar nova escolha para participar livremente do projeto, o módulo inicia-se: aos jovens são propostos testes para organizar as classes de 10 alunos, conforme os níveis de conhecimento e de oportunidades de aprendizagem; além dos professores, há os membros da equipe que estavam sempre prontos para apoiar nas dificuldades pessoais, momentos de desânimo e evitar o desejo de fugir.

Depois de terem ultrapassado a preguiça que os segurava, como por exemplo, a de se levantar de manhã para ir à escola, o confronto com as suas dificuldades de aprendizagem tornava-se um verdadeiro desafio. O sentimento de desconfiança em relação a serem capazes de realizar as atividades era algo manifestado a todo o momento. Era difícil ver o sorriso de satisfação após uma sentença de inglês bem construída, assim como a alegria de um problema de matemática resolvido. A possibilidade de falir para eles era mais verdadeira do que o resultado positivo e o testemunho do professor.

As dificuldades, neste contexto, resumiam-se em perceber como o exame do final do Ensino Fundamental era um objetivo necessário para ser alcançado, até mesmo para proteger o seu próprio futuro e, especialmente, seus direitos e deveres; muitas experiências pessoais poderiam garantir-lhes o trabalho ou uma carteira de habilitação para conduzir veículos.

A crença na educação é algo ausente em muitas das famílias dos jovens; muitos pais não concluíram seus estudos e nem sempre são capazes de reconhecer o valor disso na vida dos seus filhos.No projeto experimentei que a vida de cada um vale muito, e que as atividades realizadas contribuem para o crescimento das habilidades, competências e experiências positivas na vida dos jovens, que, em meio a dificuldades, retomam sua vida nele.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No bairro de Scampia, onde se desenvolvia o projeto *Io Valgo*, os jovens crescem à sombra da Camorra e dos traficantes de drogas a serviço da mesma. Esse contexto somente oferecia isso. *Io Valgo*

3 Nome fictício.

sempre quis impressionar com uma "pegada" diferente naquela paisagem habitual. Queria ressignificar o ambiente no qual eles nasceram e poderiam reiniciar a vida novamente, "oferecendo um caminho reflexivo dos pontos negativos e positivos em conjunto com os jovens, mas, sobretudo, valorizando e fomentando nessa realidade o desenvolvimento humano e a inclusão social". (PROGGETO *IO VALGO*, 2008, p. 20, tradução nossa).Com esta consciência nasceu o projeto *Io Valgo*, como uma abordagem educacional e um modelo pedagógico construído em meio a esse contexto social, fomentando o crescimento intelectual, social e cultural desses jovens.

Durante os dois anos que atuei diretamente no projeto *Io Valgo* conheci muitos jovens que são apenas alguns dos tantos que fazem parte de uma realidade adversa, mas que têm sorriso aberto, olhar honesto, limpo e decidido, e que guardam a esperança de serem multiplicadores de uma vida digna, contribuindo para a prevenção para que outros jovens não se deixem levar por promessas perigosas da Camorra.

A oferta de uma educação de qualidade, por meio da escola da segunda oportunidade tem reforçado o acesso à educação dos jovens fomentando formação da personalidade emocional, cognitiva, social e espiritual. Menciono o futuro e o bem comum, a descoberta de que sob o embotamento das velas ou seringas, entre toxicodependentes abandonados, brilha o ouro, o ouro esquecido, ignorado em meio ao sistema destruidor de suas vidas e este permitiu a Reinserção dos jovens à vida social e profissional, conclusão do ensino básico, oferta de novos caminhos de crescimento pessoal e de aprendizagem.

Não lhes dar ouvidos significa frustrar sua coragem e fazer de todos nós cúmplices do sistema, mais do que involuntariamente já somos. Mas permanece em mim a certeza de que eles aprenderam uma grande verdade: as "velas" de Scampia podem ser acessadas até uma parte, mas assim que estiver dentro, percebem que ultrapassaram a fronteira.

REFERÊNCIAS

UNILASALLE CANOAS-RS

BARRA, Giovane. Raccolta di materiali progettuali in occasione del Simposio Internazionale. Napoli Edizione: Modulo Chance, 2004.

BRIGHETTI E. Ricomincio da me. L'identità delle scuole di seconda occasione in Italia.Trento: IPRASE del Trentino, 2006.

CAPPELLACCI, G; PACITTI, P. Rapporto di ricerca sulla ricaduta psicosociale dei progetti di prevenzione e controllo della dispersione scolastica promossi dall'Amministrazione di Napoli. Roma: La Maieutica, 2006.

DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE EDUCAÇÃO PARA TODOS: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem Jomtien, UNESCO, 1990.

EDUCAÇÃO PARA TODOS – O Compromisso de Dakar. Brasília: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001.

FILIPPINI, Federica; GIUSTINI, Chiara. Chance, la scuola della seconda opportunità. Ricerche di Pedagogia e Didattica – Pedagogia Sociale, Interculturale e della Cooperazione. Nápoli, 2010.

MÜLLER, Enrico. Speciale. Progetto So.S Scampia (Solidarietà e Sviluppo a Scampia) Progetto di sviluppo locale co-finanziato da Fondazione per il Sud. Giornale Mensale Canale de Notizia. Scampia, Maggio de 2008.

OSTER, Karin. (org). Scuole dela seconda opportunità. Relazione riassuntiva sulla valutazione dele scuole pilote europee. Roma: ottubre de 2000.

PARLAMENTO EUROPEO. Lotta contro l'abbandono scolastico. Soluzioni per una seconda opportunità n. 69. Brussels: 1 dicembre 2011.

PROGGETO IO VALGO. Una scuola lasalliana della seconda opportunità in italia. Casa Arcobaleno. Spazio Educativo Lassaliano. Nápoli. 2008.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DIREITO À EDUCAÇÃO É UMA UTOPIA?

Ana Paula Oliveira da Silva[1]
Mychele Kamianecky[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o incentivo a reflexão sobre o direito à educação. Apresenta discussões que sustentam essa afirmação baseada na construção dos Direitos Humanos e suas legislações no âmbito da educação. A abordagem da temática sob esta ótica implica necessariamente a argumentação de como este direito está sendo refletido no campo educacional passando por uma visão realista e utópica. O direito a educação incentiva a reflexão sobre o processo de construção de uma sociedade igualitária, democrática e justa, na medida em que concebe a educação como direito inalienável de todos os seres humanos, devendo, portanto, ser ofertada a toda e qualquer pessoa.

PALAVRAS CHAVES educação, direitos humanos e o direito à educação

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a discussão sobre os Direitos Humanos está em pauta em todos os segmentos da nossa sociedade, inclusive no âmbito escolar. Essa discussão nos remete à concepção de ser humano, de direito e de ideal de sociedade. Definoo ser humanoenquanto ser relacional quenão pode existir sem o outro.

Assim, a educação voltada à dimensão ética - necessária à realização integral do homem - foi deslocada em prol do tecnicismo dominante na sociedade moderna. Dentre as virtudes a serem desenvolvidas no ser humano através da educação, na perspectiva das relações com o próximo se denota a *justiça* como de importância capital. A virtude da justiça - que se projeta no reconhecimento do direito alheio - é a virtude social por excelência, sendo o eixo fundamental sobre o qual se estrutura toda a sociedade. Assim, Educação, Direito e Justiça caminham de braços dados para a formação humana em seu sentido mais amplo.

Dentro do rol dos direitos humanos fundamentais encontra-se o direito à educação, amparado por normas nacionais e internacionais, apresentados no capítulo dois. O direito à educação é direito fundamental porque inclui um processo de desenvolvimento individual próprio à condição humana. Além dessa perspectiva individual, este direito deve ser visto, sobretudo, de forma coletiva, como um direito a uma política educacional, a ações do Estado que ofereçam à sociedade instrumentos para alcançar seus fins.

2 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO E SUAS LEGISLAÇÕES NO BRASIL

O direito à educação é pertencente a um conjunto de direitos chamados direitos sociais, que têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. Falar de Direitos Humanos é atrelar seu

1 anapaula.oliveira@lasalle.edu.br – Pedagogia com habilitação em Anos Iniciais do Ensino Fundamental e Orientação escolar e Especialização em Educação Infantil, Psicopedagogia Clínica e Institucional, Ética e Educação em Direitos Humanos e Mestranda em Educação e atuação em Orientadora Escolar e professora do Ensino Fundamental I.

2 mychele.kamianecky@lasalle.org.br – Instituição: Colégio La Salle São João- Formação: Psicopedagogia Clínica e Institucional; Especialização em Alfabetização e Letramento; Anos Iniciais e Educação Infantil; mestranda em Educação. Atuação: Coordenadora Pedagógica.

significado a Constituição Brasileira de 1988, onde o direito à educação élegado como um direito social[3].

Além da Constituição Federal, de 1988, existem ainda duas leis que regulamentam e complementam a do direito à Educação: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990; e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996.[4]

Juntos, estes mecanismos abrem as portas da escola pública fundamental a todos os brasileiros, já que nenhuma criança, jovem ou adulto pode deixar de estudar por falta de vaga. A educação é um direito humano fundamental em si mesmo, sendo essencial para o desenvolvimento humano e para a garantia do gozo de outros direitos. No entanto, o livre acesso à educação já não é considerado suficiente para garantir o direito à educação. Através da educação, pode-se vislumbrar uma vida livre da pobreza e ter mais participação na sociedade, por meio da qualificação para o trabalho..

De acordo com o Relatório Nacional sobre Direito Humano à Educação[5], conceber a educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo.

A garantia do direito à educação abre a porta para outros direitos, enquanto a sua negação traz consigo a negação e o esquecimento de outros direitos. Desde o ponto de vista econômico, se baseia no principio de que o investimento em educação deve corresponder aos governos porque produz rendimentos econômicos de longo prazo. Além disso, a educação constitui um bem público porque representa a forma mais estendida de socialização das crianças. A Lei, por si, não muda a realidade, mas indica caminhos, orienta o cidadão e a sociedade dos seus direitos, propiciando a exigência do que nela está contido.

Segundo o Conselho Nacional da Educação, através das Diretrizes Nacionais para a educação em Direitos Humanos, determina que:

> ...a educação vem sendo entendidacomo uma das mediações fundamentais tanto para o acesso ao legado históricodos Direitos Humanos, quanto para a compreensão de que a cultura dos Direitos Humanos é um dos alicerces para a mudança social. Assim sendo ,a educação é reconhecida como um dos Direitos Humanos e a Educação em Direitos Humanos é parte fundamental do conjunto desses direitos, inclusive do próprio direito à educação. (PARECER 8/2012)

O Direito Educacional é o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem. Ainda enfatiza três contornos principais:

3Direitos sociais são aqueles que visam a garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais, em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna, por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito. Os direitos sociais foram conquistados principalmente ao longo dos séculos, sendo a maioria deles no século XX por meio da pressão de movimentos sociais e de trabalhadores. Caracterizam-se por serem direitos fundamentais e necessariamente sujeitos à observância do Estado.

4A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é a lei que estabelece as diretrizes para a educação brasileira. Essa lei considera a educação infantil a "primeira etapa da educação básica". A educação infantil é oferecida pelas creches (para crianças de até três anos de idade) e pré-escolas (para crianças de quatro a cinco anos de idade). A partir dos sete anos, é oferecido o ensino fundamental, ensino obrigatório a todos e tem a duração mínima de oito anos. Após a conclusão do ensino fundamental, há oensino médio, com duração mínima de três anos. É a etapa final da educação básica, sendo que, após o ensino médio, pode-se optar pelo ensino superior

O estatuto da Criança e do Adolescente — ECA — é um conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, aplicando medidas e expedindo encaminhamentos para o juiz. É o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

5http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espacoleituras/WEBTECA/o%20direito%20a%20educacao%20no%20brasil.pdf

o conjunto de normas reguladoras dos relacionamentos entre as partes envolvidas no processo-aprendizagem; a faculdade atribuída a todo ser humano e que se constitui na prerrogativa de aprender, de ensinar e de se aperfeiçoar e o ramo da ciência jurídica especializado na área educacional.

A Educação como Direito Social na Constituição Federal reza no seu Art. 6º:"...são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados".

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº. 9394/96, a Educação Básica compreende a Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio. As suas modalidades são: educação especial, educação de jovens e adultos, educação profissional, educação indígena, educação do campo.

A competência do Sistema Federal é elaborar o Plano Nacional de Educação e assegurar o processo nacional de avaliação do rendimento escolar em todos os níveis e sistemas de educação. Ao Sistema Estadual cabe assegurar o ensino fundamental e oferecer com prioridade o ensino médio. Cabe ao Sistema Municipal assegurar o ensino infantil e oferecer com prioridade o ensino fundamental.

São diretrizes: a inclusão, a valorização da diversidade, a flexibilidade, a qualidade e a autonomia, assim como, a competência para o trabalho e a cidadania. (LDB 9394/96, pg,32)

> A flexibilidade que a LDB oferece é garantida à escola, ao professor e ao aluno através de: recuperação paralela. Art.24; progressão parcial. Art.24; avanços em cursos e séries. Art.24; aproveitamento de estudos. Art.24; organização da escola: séries, semestres, ciclos, módulos. Art.23; organização das turmas: idade, série. Art.24; currículo: 25% parte diversificada totalmente organizada pela escola. Art.26, Art.27).

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2006) é resultante de uma política de governo, alicerçada em ações da sociedade civil organizada, procurando desta forma agir em consonância com as aspirações dos mais variados segmentos, para construir uma sociedade onde se consolidem os princípios da democracia, da cidadania, da justiça social. Reconhecer a educação como direito humano e a Educação em Direitos Humanos como um dos eixos fundamentais do direito à educação, exige ações práticas no que se refere àpromoção de uma cultura dedireitos.

O direito à educação contempla a análise da repercussão das declarações no Brasil, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, visando fundar um elo entre as diretrizes internacionais de "educação para todos", "educação de qualidade", e "gestão democrática da educação" com os princípios constitucionais.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA ESCOLA

Quando se fala em direito a educação, o mais recorrente é associá-lo ao acesso a escola. Assim, num primeiro momento, parece que este direito se restringe à obrigatoriedade de cumprir certa quantidade de anos numa instituição de educação formal. É bastante comum reduzi-lo às referências jurídicas. Parece que o direito à educação fica restrito somente à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-art.26) que dispõe da afirmativa de que toda a pessoa tem direito à educação.

Sabemos que a educação é necessária para a sobrevivência do ser humano. Para que ele não precise inventar tudo de novo, necessita apropriar-se da cultura, do que a humanidade já produziu. Se isso era importante no passado, hoje é ainda mais decisivo, numa sociedade baseada no conhecimento.

O direito à educação é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como direito de todos ao "desenvolvimento pleno da personalidade humana" e como uma necessidade para fortalecer o "respeito aos direitos e liberdades fundamentais". Com base nesses pressupostos, podemos pensar que este direito não se limita deve ser garantido pelo Estado a todos, estabelecendo-se prioridade à atenção dos grupos sociais mais vulneráveis. O direito à educação não pode ser

desvinculado dos direitos sociais. Os direitos humanos são todos interdependentes. O direito à educação está associado aos outros direitos.

No entanto, hoje se sustenta a ideia de que o direito a educação transcende o livre acesso a escola, pois a sua garantia a afirmação está ligada a alguns pressupostos que consideramos importantes:

a) Sujeito de direitos: Sabemos que o ser humano constrói-se socialmente e historicamente no tempo e no espaço. A escola deve trabalhar na formação de um indivíduo que desenvolva a sua capacidade autônoma de pensar e ser, sendo um garantidor de seus próprios direitos. De acordo com Miguel Arroyo, (1986,pg.32): .

> Para se ter um estado organizado, que cumpra o seu dever, atendendo as necessidades da sociedade, é preciso que a educação moderna esteja atenta para um ensino que valorize a participação social e incentive cada indivíduo a adquirir esclarecimentos, para lidar com a sua própria liberdade, pois não basta ter cidadania, é necessário saber como se está exercendo essa cidadania diariamente, em especial diante da tomada de decisões.

b) Oportunidades Iguais: O Estado deve não garantir o acesso de forma igualitária, mas sim a garantia de oportunidades iguais para que todos possam ser bem sucedidos em uma sociedade competitiva como esta do século XXI. A importância da aceitação da diversidade é primordial neste processo, pois a garantia a educação é para todos, e não para a maioria dos alunos "ditos normais". Segundo a Constituição Brasileira em seu artigo 5º:

> A igualdade é afirmada no plano da dignidade humana. É evidente que nem todos os homens são iguais no que tange à capacidade física e às qualidades intelectuais e morais. Nós homens somos fundamentalmente iguais pela nossa origem e pelo nosso destino. Todos somos iguais na nossa natureza humana: todos somos chamados a ser pessoas, à liberdade, ao amor e à vida. Isto quer dizer que todos temos direitos fundamentais para podermos nos desenvolver como seres humanos.

UNILASALLE CANOAS-RS

c) Educação de qualidade: o estado deveria garantir uma educação de qualidade a todos. Deve ser garantido um ensino básico que seja comum em uma determinada idade para que possa promover a capacidade e a construção de conhecimentos necessários ao futuro.

d) Educação para o desenvolvimento pleno do ser humano: todos temos o direito de aprender muito mais o que além de ler e escrever. Se a escola é um espaço social, precisamos aprender convivência, tolerância, respeito... visando a plena formação da personalidade humana e ao reforço dos direitos dos homens e suas liberdades fundamentais. Conforme Piaget (1974, pg.39):

> ... a educação é uma condição formadoranecessária ao próprio desenvolvimento matural. Proclamar que toda pessoa humana tem direito a educação garante por sua natureza psicobiológica as condições de atingir o pleno desenvolvimento, a exigir uma certa mudança no seu meio social...

Em pleno século XXI, vivemos num mundo onde se evidenciam características como a individualidade e a impessoalidade em relações cada vez mais superficiais e com inclinação crescente ao ter em detrimento ao ser. A escola, parcela desse sistema maior, representa a instituição que visa a valorização do ser e que se empenha em formar o seu aluno para relações interpessoais que buscam a reflexão, a percepção do outro e o reconhecimento de sua importância para um viver em sociedade de forma mais harmoniosa, mediando conflitos entre alunos, pais e professores, tornando-se, dentro dessas relações, muitas vezes desautorizada.

Utilizamos a pesquisa qualitativa, com abordagem teórica, através de autores que retratam sobre o perfil social contemporâneo, e realizada com um público de sete pessoas, ao todo. Para compreender um pouco mais sobre o desafio, apoiamos esta pesquisa mediante entrevista semiestruturada, com um

esquema pré-definido e questões abertas,centradas no problema em questão Direitos Humanos em Educação. Concomitantemente com a apresentação dos resultados articularemos as respostas com a fundamentação teórica já existente.

As escolas que motivaram a escolha dessa pesquisa localizam-se no município de Porto Alegre, em especial na zona Norte da capital gaúcha e caracterizam-se por serem de públicas (uma municipal e outra estadual) e uma privada. Inicialmente a intenção dessa pesquisa era confrontar seis escolas, duas de cada categoria, mas inicialmente após a apresentação da educando e apresentação da temática da pesquisa, algumas escolas que já haviam confirmado a possibilidade de efetivação da investigação acabaram por romper a confirmação.

As escolas que mantiveram a possibilidade da pesquisa que intencionalmente era para ter como público alvo a equipe diretiva, acabaram repassando a entrevista para os professores de algumas disciplinas que se encarregam de trabalhar a prática de Direitos Humanos na escola, dessa forma, inicialmente já podemos perceber que nem sempre esta temática faz parte do todo da escola e sim da atuação curricular de alguns professores.

As escolas citadas na pesquisa serão apresentadas como Escola A, - privada; escola B – municipal e escolaC- estadual. A escolha por fazer a pesquisa está ligada ao fato de investigar como estas escolas pensam e vivenciam uma cultura de Direitos Humanos em um espaço de transformação social, nesse caso a escola.

Utilizando a contribuição de Gatti (2002, p.63) para pensar as perguntas abertas, articulando-as com a intencionalidade do pesquisador, a autora considera:

> Que perguntas fazer, como fazê-las, que palavras usar, como tratar o silêncio, como manter o diálogo em clima aberto? Cada palavra de uma entrevista tem que ser ponderada. Uma entrevista rica é aquela em que o pesquisador consegue um diálogo real com o entrevistado, em que não predominam as respostas-chavões, que nada acrescentam.

UNILASALLE CANOAS-RS

Desse modo, a entrevista, por si só, caracteriza-se pela interação social que valoriza o uso da palavra, e por meio dela busca-se construir e dar sentido à realidade (FLICK, 2002 apud FRASER e GODIM, 2004, p. 139). Através das perguntas previamente estabelecidas, dá-se um norte à entrevista e deixa-se livre para que os entrevistados às respondam, podendo levantar outros elementos que vão além das perguntas postas.

> Ao privilegiar a fala dos atores sociais, (a entrevista qualitativa) permite atingir um nível da realidade humana que se torna acessível por meio de discursos, sendo apropriada para investigações cujo objetivo é conhecer como as pessoas percebem o mundo. (FRASER e GODIM, 2004, p. 140)

Sendo assim, diante da inquestionável intencionalidade presente nas questões norteadoras da pesquisa, os entrevistados foram convidados a responder sete questões abertas e sete questões fechadas, cujo foco busca evidenciar as práticas que são estabelecidas em cada escola.

Em relação à análise das questões abertas, Bardin (2009) aponta que a análise de conteúdo, enquanto método, torna-se um conjunto de técnicas de análise das comunicações que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. Para uma aplicabilidade coerente do método, as diferentesfases da análise de conteúdo organizam-se em torno de três pólos, conforme a autora: A pré-análise; A exploração do material; e, por fim, o tratamento dos resultados: A inferência e a interpretação (BARDIN 2009, p.121).

As hipóteses pensadas anteriormente a pesquisa davam conta de investigar:

- Existe direito à educação ou violação dos Direitos Humanos na educação?

- Se no currículo escolar não tem a disciplina de Direitos Humanos como educar em Direitos Humanos?

- Que ações práticas a escola desenvolve para uma educação pautada nos Direitos Humanos?

- Os direitos humanos necessitam de uma disciplina específica no currículo escolar ou podem ser tratados como tema transversal?

- Se o conceito de aprender está vinculado à vida,os Direitos Humanos se aproximam do cotidiano escolar quando estimulam a capacidade de expressão, o resgate da palavra e o direito a vida?

As respostas a essas perguntas estarão distribuídas no corpo do texto, articuladas com fundamentação teórica selecionada. As questões serão analisadas de acordo com as perguntas abertas e fechadas sobre como ocorre o trabalho com Direitos Humanos nas escolas podemos visualizar abaixo:

a) Como tu percebes a função da escola?

ESCOLA A- "*Acredito na escola como espaço de promoção de conhecimento e de desenvolvimento do ser humano ... é necessário que a escola tenha foco no desenvolvimento integral do indivíduo, valorizando o ensino dos valores éticos, do respito a diversidade, igualdade, direitos humanos bem como do próprioconhecimento científico".*

ESCOLA B – *" Nesse sentido, formar um cidadão participativo e solidário, consciente de seus direitos e deveres, construindoumasociedade democrática".*

ESCOLA C – *"Percebo que a escola hoje vaialém da suafunção. Cada vez maisabraçamostarefas que seriam dos país".*

> Ela reportava a uma clara concepção de ensino; educar pressupunha um compromisso com a formação integral da criança que ia muito além da simples transmissão de conhecimentos úteis dados pela instrução e implicava essencialmente a formação do caráter mediante a aprendizagem da disciplina social – obediência, asseio, ordem, pontualidade, amor ao trabalho, honestidade, respeito às autoridades, virtudes morais e valores cívico-patrióticos necessários à formação do espírito de nacionalidade. (SAVIANI, 2004, p. 127).

Desafiar a escola e seus atores a pensar de modo diferente as relações socioeconómicas que são dadas parece um caminho, embora ousado, bastante promissor para o emergente século XXI. Uma vez que o sistema capitalista enfrenta uma grave crise estrutural, entendemos que esse momento pode favorecer o desenvolvimento de uma nova organização institucional da escola. Sendo assim, pensamos que a função social da escola, de hoje, embora seja clara para os grupos hegemônicos, trazem si, dialeticamente, os pressupostos para suatransformação, cabendoaos atores sociaisenvolvidos o despertar para essapossibilidade de pasar de expectador para ser atuante, sendo protagonista de sua própria história, seus direitos e deveres.

a) Consideras importante que o tema de educação em direitos humanos esteja no projeto pedagógico da tua escola?

SIM	07
NÃO	0
TOTAL DE ENTREVISTADOS	07

Denominamos Projeto Político Pedagógico da Escola, o documento norteador que dará ênfase ao desdobramento curricular das ações escolares e currículo . As indagações sobre o currículo presentes

nas escolas e na teoria pedagógica mostram a consciência de que os currículos não são conteúdos prontos. O currículo está englobado dentro de um projeto Político Pedagógico que desdobrará como a escola dará conta de conteúdos implícitos ou explícitos nasuaproposta educativa.

O Projeto é uma construção e seleção de conhecimentos e práticas producidas em contextos concretos e em dinámicas sociais, políticas e culturais, intelectuais e pedagógicas. Conhecimentos e práticas expostos às novas dinâmicas e reinterpretados em cada contexto histórico.

> O currículo, nessa perspectiva, constituium dispositivo em que se concentram as relações entre a sociedade e a escola, entre os saberes e as práticas socialmente construídos e os conhecimentos escolares. Podemos dizer que os primeiros constituem as origens dos segundos. Em outras palavras, os conhecimentos escolares provêm de saberes e conhecimentos socialmente produzidos nos chamados "âmbitos de referência dos currículos. (ARROYO,1986, p. 67).

Nesses espaços, produzem-se os diferentes saberes dos quais derivam os conhecimentos escolares.

b) Tu pensas que como educador faz parte das tuas atribuições propor iniciativas voltadas a uma educação em Direitos Humanos na tua escola?

SIM	07
NÃO	0
TOTAL DE ENTREVISTADOS	07

UNILASALLE CANOAS-RS

> [...] aquele valor - sem preço! – que está encarnado em todo o ser humano. Direito que lhe confere o direito ao respeito e à segurança – contra a opressão, o medo e a necessidade – com todas as exigências que, na atual etapa da humanidade, são cruciais para sua constante humanização. (PLANO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 2007)

Neste sentido, formar em e para Direitos Humanos implica pensar meios e estratégias que aproximam as práticas com os espaços urbanos tratados como territórios educativos. Implica uma integração entre os saberes científicos com os saberes que "circulam" em praças, teatros, cinemas, parques, museus, clubes, movimentos sociais, espaços digitais e outras organizações que favorecem a implantação e desenvolvimento de políticas em defesa, promoção e reparação de direitos humanos de mulheres, crianças, jovens, grupos minoritários, invisibilizados ou excluídos. Somente viabilizar e o professor tomando consciência da necessidade de trabalhar esta temática no todo da escola é possível pensar na implantação de uma educação/formação em direitos humanos, como um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos e, pressupõe mudanças significativas de ação social.

c) Existe na tua escola uma educação voltada em Direitos Humanos? Justifica em caso positivo ou negativo:

ESCOLA A – *"Sim. Pois essa temática perpassa várias áreas do conhecimento, não ficando restrita a nenhuma área especifica".*

ESCOLAB – "*Sim. Eu mesmo exerço esse trabalho nas aulas de Filosofia e a escola se preocupa com as questões da diferença, que interferem diretamenteainda tá muito diluído".*

ESCOLA C – *"Sim. Procuramos trabalhar a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da formação da vivência de valores como liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação e tolerância".*

> Para isso, a formação em e para direitos humanos tem de ser tratada como um dos pilares elementares e, para isso, requer clareza quanto a sua concepção, a fim de que, nos processos formativos, as metodologias, os componentes curriculares e as práticas pedagógicas estejam aliados nos entremeios de um projeto político pedagógico, cujo currículo, necessariamente deve estar permeado pelo princípio da intertransdisciplinaridade cultural. (PNDH, 2007)

Esta perspectiva tem de desocultar as concepções e "práticas curriculares tecnicistas que visam exclusivamente o desenvolvimento de habilidades e competências necessárias ao mercado de trabalho. Além do mais, deve possibilitar o diálogo entre os diferentes tipos de conhecimentos, do dominador e do dominado, a fim de fazer novas leituras do(s) mundo(s) em espaços de educação.

a) Percebes implícito ou explícito, no currículo da tua escola ou projeto Político Pedagógico a temática sobre Direitos Huma*nos? Como ocorre ou deveria ocorrer essa educação em Direitos Humanos?*

ESCOLA A – *"Percebo explícito nas disciplinas de Filosofia,Sociologia e Educação Religiosa, às quais em seus conteúdos curriculares abordam esta temática" – Professor 1*

"Deveria aparecer mais explícita, trabalhando o ser humano para ser protagonista de seu ser e não apenas figurante. Portanto, que possibilite a participação de todos os envolvidos na produção da sua existência, como sujeitos de direitos e deveres, ativos na realidade que se constrói historicamente" – Professor 2

Nessa questão em especial desta escola, cujo questionário que deveria ser preenchido pela equipe diretiva que inicialmente questionou a pesquisadora sobre o que seria um trabalho de direitos humanos na escola, encaminhou para a entrevista dois professores de filosofia, um de nível médio e outro do ensino fundamental.

Embora os dois profissionais dividam a mesma área de conhecimento da instituição temos percepções curriculares diferentes. Os dois afirmam que existe um trabalho explícito, porém o professor 1 acaba direcionando a algumas disciplinas específicas e o professor 2 no olhar do todo da escola percebe que está implícito em áreas restritas, e que este trabalho deveria englobar o todo.

ESCOLA B – *"Deve ser permanente, voltado para a mudança, para a construção de respeito e dignidade humana. Na nossa escola, os documentos tornam explícitos a temática, mas na prática devemos melhorar".*

ESCOLA C – *"Está explícito no currículo de algumas disciplinas, como Ensino Religioso e História e implícito no currículo de outras".*

Ao longo dos anos, a escola foi uma grande subsidiária da manutenção de uma dada ordem econômica vigente.. Há de se admitir que essa relação mudou e que ela vem acontecendo em um palco de tensões extremamente dinâmico: o currículo escolar, que nada mais é do que o chão da escola. Apesar dessa dinâmica constante, o cerne dos objetivos da instituição escolar, o que poderíamos chamar de "seu núcleo duro", ainda parece estar atrás de seus muros, lá fora, na sociedade.

É evidente que essa escola e os atores que nela transitam são parte integrante dessa mesma sociedade. Entretanto, muitos de seus anseios e desejos são silenciados. Quando nos propomos a compreender todas as facetas de um currículo, considerando-o como um currículo dinamizado, não podemos esquecer que muito do que não se dinamiza no cotidiano escolar precisa ser visto e interpretado como uma perda relevante na formação dos sujeitos.

b) Que ações tua escola desenvolve visando uma educação voltada em Direitos Humanos?

ESCOLA A – *"Realiza projetos como jornadas de formação, projeto Juventude (protagonismo), trabalho feitos com professores sobre as diferenças, inclusão,valores éticos e o Júri simulado, onde são debatidos com alunos do ensino médio questões sociais. É colocado em prática o protagonismo do ser humano com seus direitos e deveres associados ao dia a dia. Os educadores são os adultos das escolas e estes devem garantir que todos tenham espaço dentro dela".*

ESCOLA B – *"A coordenadora de turno organiza círculos restaurativos, faz dinâmicas, produção textual, utiliza recursos audiovisuais. Participei com três turmas de reuniões sobre discussões de Código de Convivência*.".

ESCOLA C – *"Procuramos criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos de liberdade, justiça, igualdade, cooperação, tolerância para que se transformem em paz".*

Uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é propiciar condições para que os educandos em suas relações sejam levados à experiências de assumir-se. Como ser social e histórico, ser pensante, transformador, criador, capaz de ter raiva porque capaz de amar.

> A questão da identidade cultural não pode ser desprezada. Ela está relacionada com a assunção do indivíduo por ele mesmo e se dá, através do conflito entre forças que obstaculizam essa busca de si e as que favorecem essa assunção.Isto é incompatível com o treinamento pragmático, com os que se julgam donos da verdade e que se preocupam quase exclusivamente com os conteúdos (ARROYO, 1986, p. 37)

Um simples gesto do professor pode impulsionar o educando em sua formação e auto-formação. A experiência informal de formação ou deformação que se vive na escola, não pode ser negligênciada e exige reflexão. Experiências vivdas com ações praticas, projetos, debates entre outros... possibilitam uma reflexão e por fim ações que primam a arte de bem conviver.

c) Se o conceito de aprender está vinculado a vida, os Direitos Humanos se aproximam ou se afastam do cotidiano escolar?

ESCOLA A – *"Se aproximam. Os direitos humanos deveriam ser sempre tratados da melhor forma possível, pois é através deles que nos tornamos mais críticos e mais cidadão. Vale dizer que a família ensina valores, crenças e costumes e a escola necessita defrontar-se com o diferente, precisa desenvolver valores relativos a coletividade, à resolução de conflitos e a compreensão das mais diversas formas de ser e existir. Portanto os direitos humanos deveriam fazer mais parte da vida escolar".*

ESCOLA B – *"Se aproximam do cotidiano escolar principalmente numa escola de periferia onde muitas vezes os direitos mais básicos de cidadania não são respeitados".*

O papel histórico não é só o de constatar o que ocorre, mas também o de intervir como sujeito de ocorrências. Constato não para me adaptar, mas para mudar a realidade.A partir desse saber é que vamos programar nossa ação político-pedagógica, seja qual for o projeto a que estamos comprometidos. Desafiando os grupos populares para que percebam criticamente a violência e a injustiça de sua situação concreta; e que também percebam que essa situação, ainda que difícil, pode ser mudada. Como educador preciso considerar o saber de "experiência feito" pelos grupos populares, sua explicação do mundo e a compreensão de sua própria presença nele. Tudo isso vem explicitado na "leitura do mundo" que precede a "leitura da palavra". Contudo, não podemos impor a esses grupos o saber como o verdadeiro. Mas, podemos dialogar com eles, desafiando-os a pensar sua história social e a perceber a necessidade de superarem certos saberes que se revelam inconsistentes para explicar os fatos e a partir disso provocar uma reação distinta.

ESCOLA **C** – *"Devem aproximar-se sempre, pois os direitos humanos são naturais e universais. Devemos educar para a vida".*

Segundo Adolofo Pérez Esquivel:

> "O respeito aos Direitos Humanos deve ser algo que surge do interior de cada pessoa e se converta em uma forma de vida, produto da interação e das experiências compartilhadas entre professores e alunos, pais e filhos, amigos e a sociedade em geral. (Prêmio Nobel da Paz, 1980)

Por fim concluímos que só teremos uma sociedade desenvolvida humanamente quando nos propormos a educar desde cedo as novas gerações. Esta educação humana passa pela escola. É preciso que as instituições educacionais eduquem para a conviv~encia, o diálogo, o respeito, o protagonismo... enfim para a vida e não somente para a construção de uma carreira profissional. É fundamental pensarmos em uma educação integral que valoriza em especial o humano, só assim será possível pensar na construção de uma cultura voltada para os Direitos Humanos e que se aproxime da construção de uma sociedade livre.

Nesse sentido é que surge a aproximação de escola, educação e utopia. Utopia como algo ideal, perfeito, fantástico, imaculado, ideia que se torna imaginária segundo os padrões da atual sociedade.

Pode-se referir aos ideais do presente como também do futuro, é uma palavra oriunda do grego que significa "lugar que não existe". Esse termo teve origem por volta de 1516, utilizado por Thomas Morus que ficou fascinado pelas narrações de Américo Vespúcio sobre a recém avistada ilha de Fernando de Noronha, em 1503. A partir destas narrações extraordinárias o autor passou a escrever sobre um lugar novo e imaculado onde existiria uma sociedade perfeita.

> utopia descreve um estado imaginário sem propriedade privadapreocupado com a felicidade coletiva e a organização da produção. A palavra utopia é percebida literalmente como não lugar ou lugar de nenhum lugar (Mórus, 2010, p.08).

A utopia está ligada à idealização um lugar, uma vida, um futuro, quaisquer pensamentos que se tenha através de uma visão fantasiosa e contrária ao mundo real.

Tommaso Campanella (2002) pensa a utopia como sendo a idealização de um estado perfeito, no qual em harmonia todos tivessem iguais condições de vida. O autor explora a organização social na Cidade do Sol, seu governo, construção, propriedade comum e forma de trabalho e educação, além da qualidade de vida da cidade que em tudo se supõe perfeita. Chama a atenção ainda para o lugar das diversas formas de utopias na atualidade.

Talvez o que seja utopia (Calvino) hoje possa a ser a realidade de amanhã, para nós uma sociedade igualitária que visa e zela pelo bem estar do próximo e do mundo é algo utópico, assim como toda tecnologia que temos hoje era utopia para nossos antepassados.

Pensar a educação como direito humano requer tornar o homem sujeito ativo na sua história e, como ser social, o verdadeiro agente de sua própria liberdade, detentor da coerência entre o pensar e o agir sendo consciente de seus direitos fundamentais, buscando assim um ideal de liberdade, de igualdade e de paz. Para que os direitos humanos sejam incorporados no cotidiano dos cidadãos com o devido respeito e prioridade acredita que uma das principais apostas deve ser o investimento na educação. A educação é um instrumento de transformação cultural, de afirmação de valores solidários, de afirmação da vida e da diversidade. A Declaração dos Direitos Humanos diz: livres e iguais em direitos nascem todos os homens, isto seria utopia ou realidade?

4 UTOPIA: UM DISCURSO VAZIO?

Já dizia Paulo Freire (1992) "...a esperança, é um elo entre os sonhos e a realidade". O autor já assumia um compromisso de provar a necessidade da esperança ter seu espaço na educação. Pois, através das relações históricas, econômicas e sociais é perceptível a real importância que a mesma tem, ao passo que não é inegável que vive-se hoje um momento de lutas por um mundo melhor.

A palavra utopia, é construída a partir da junção de dois radicais gregos, sendo U (que significa: não) e Topia (significa: lugar), assim, sua tradução é: não-lugar ou lugar-algum. Falar de utopiaé variar que no mundo das ideias há vários não-lugares, ao invés, de um único.

Em parte, o desamparo atual que toma conta de grande parte da humanidade, se deriva de nossa incapacidade de sonhar e de projetar utopias. Não qualquer utopia. Mas aquelas necessárias que podem se transformar em topias, quer dizer, em algo que se realiza, mesmo imperfeitamente, nas condições de nossa história. Caso contrário, nosso futuro comum, da vida e da civilização correm graves riscos.

O fato de sermos sujeitos e objetos da história e que, portanto, podemos mudar o mundo desde que, é claro, tenhamos consciência de que isso, embora difícil, é possível. Precisamos para esse fim, ter sonhos (com raízes), utopias e projetos é fundamental. Considerando que "os sonhos são projetos pelos quais se luta" (FREIRE, 2000), há que se transporem obstáculos para alcançá-los, ou seja, ir à luta.

Não podemos nos sujeitar a aceitar a realidade tal qual ela nos é imposta mesmo porque somos dotados das capacidades de pensar, indagar, escolher, comparar, tem poder de decisão. É utilizando estas capacidades que não nos adequamos ao mundo, uma vez que não devemos nos adequar e sim intervir e transformar.

Utopia não é só o caminho, mas a experimentação de vários caminhos, permitindo-se o direito ao delírio e assumindo ao sonho uma busca sem encontro que permite sempre um movimentar-se. Não é ponto de partida, nem de chegada, mas sim de movimento Pertence ao campo da utopia projetar cenários esperançadores. Se há um sentimento que alimenta o lado positivo da *vida é, sem dúvida, a esperança.*

O que há em comum entre os diversos não-lugares é que eles foram pensados para servir de contraponto à realidadevivida por seu autor, pois ao anunciar um lugar diferente daquele, ao mesmo tempo, ele denunciava as falhas (anuncia e denuncia a realidade). Existentes no lugar real; e ao sistematizar seus devaneios, objetivava que suautopia ajudasse ou auxiliasse as pessoas a perceberem melhor a sua realidade, caminhando em direção àquele não-lugar. A utopia tem uma função pedagógica e reflexiva, no sentido de conduzir as crianças ao caminho do saber, a utopia pretende conduzir as pessoas a um mundo melhor:Eutopia (eu, do grego: feliz, graça), que quer dizer lugar feliz.Edgar Morin (2003, pg. 08) afirma que "...o ato pedagógico em seu sentido mais elevado deve conduzir uma educação no contexto da condição humana planetária, onde, ao meio de incertezas, impõem-se a ética, antropoética numa visão de totalidade do ser e do conhecimento".

A visão de Morin nos remete a ideia de que o caminho é percebido como uma trajetória o método, consciente de si, descobre e nos descobre diferentes. É necessário um retorno ao início da travessia e ao mesmo tempo uma distância do início para pensarmos numa educação como direito humano. Utopia e educação se completam quando se percebe que a aprendizagem se dá ao longo da vida, que o direito à educação é um bem público, educaçãoem espaços formais e não formais, educar como transformar. É apostar na mudança das pessoas para que elas possam mudar as instituições. Sendo assim, o único caminho possível para a educação é a utopia.

Educação, Direitos Humanos e utopia aproximam-se quando possibilitam unir o local com o global, aprendendo a ver o mundo por uma outra ótica, uma nova fresta. Para que a educação torne-se utópica pensamos ser de extrema importância aaquisição de uma competência democrática que estimule a habilidade de ouvir e em especial de falar em público através de uma aprendizagem argumentativa e por fim o desenvolvimento da competência do compromisso solidário, de um trabalho cooperativo

resgatando o sentido de dignidade humana, onde reconheço que toda a pessoa é merecedora de valor, e este é um direito natural, inerente ao ser humano, é pensar e viver na coletividade.

O grande desafio da atualidade está em educar "em" e "para" a formação de uma cultura em Direitos humanos. O principal objetivo da educação é educar para o despertar de uma sociedade-mundo. Não é possível compreender a possibilidade de uma educação de uma sociedade-mundo, que supõe a existência de uma civilização planetária e uma cidadania abstrata, sem compreender o devir da humanidade fortalecendo as condições de possibilidade de emergência desta sociedade composta de cidadãos protagonistas, conscientes e criticamente comprometidos com a construção de uma civilização planetária.

O essencial é afirmar que a utopia (aquilo que não tem lugar) pode virar uma eutopia (um lugar bom) desde que tenhamos a capacidade de um desconcerto reflexivo. Desconcerto no sentido de que precisamos desconstruir, de tirar algo de um lugar consertado, estigmatizado para a construção de uma identidade de sujeito de direito que parta do reconhecimento de ser alguém e que o outro que também exista no mesmo tempo e lugar que eu tem o mesmo direito de participação, de palavra, de escuta e de educação.

5 DA UTOPIA A REALIDADE: A ética da alteridade e a humanização da educação em tempos líquidos

No mundo de cultura pós-moderna, rompem-se barreiras e fronteiras entre as culturas e as possibilidades de acesso a produtos de diferentes lugares com facilidades; do mesmo modo, com o desenvolvimento das tecnologias da comunicação e da informação, é possível conectar-se com diferentes pessoas, notícias e culturas na velocidade de um *clic*.

Bauman (2004, p.119), revela que "... virtualmente todos os espaços e zonas do mundo estão poderosamente conectados". No entanto, ao mesmo tempo, há um palpável e crescente senso de desconexão local em relação às áreas e pessoa fisicamente próximas.Gradualmente, as mesmas relações com os produtos são percebidos nas relações interpessoais, e o ter e o parecer passam a prevalecer sobre o ser. A construção da identidade, por sua vez, torna-se cada vez mais indefinida ou mais atrelada às aparências do que a verdadeira essência humana. Isso significa que os valores sociais, as tarefas da coletividade, da sociedade, perdem força para os valores individuais. Essa mudança altera de modo significativo as relações interpessoais presentes no mundo de hoje.

A palavra alteridade vem do latim alter, outro/a é introduzida na filosofia contemporânea pela fenomenologia. Já na filosofia de Feuerbachfala-se dialética da relação Eu-Tu e da presença do outro. E é principalmente na filosofia de Emmanuel Levinas que o conceito de alteridade vai se desenvolver de maneira universal e afirmativa. A presença da alteridade no pensamento cria uma nova perspectiva para a Ética, educação e para a antropologia (SIDEKUN, 2007, p.57 APUD MOLAR, 2008)

Pensar na formação do Outro sugere um resgate da formação do meu Eu. O conceito de alteridade, que refere-se ao ato de reconhecer-se diante do Outro, percebendo apesar das diferenças físicas (corpo, identidade e vivências), psíquicas (capacidade de perceber, sentir, julgar, interagir e relacionar-se com o outro) e cultural (modo de ser e estar no mundo) que o Outro não é apenas alguém que se socializa, mas é alguém que compõe a cada um de nós. É quando cada um se reconhece ou até mesmo se diferencia do outro, colocando-se no seu lugar, na sua singularidade, enfim, na constituição de si mesmo.

O desafio está em olharmos para o Outro e reconhecer a sua importância na constituição de cada um de nós. Muito disso está ligado à impessoalidade e individualidade, características da contemporaneidade que priorizam o "eu", destacando a exterioridade em detrimento a interioridade. Lévinas (2004, p. 17), percebe que: *"... a alteridade como abertura para repensar a formação humana, o conhecimento e as relações*". Sendo assim, o desafio da alteridade está no encontro, no colocar-se

aberto ao assumir uma postura mediadora, onde o eu-outro se percebem a partir de como me vejo e como sou percebido pelo outro cotidianamente, sem pressa.

> A ideia de infinito não parte de Mim, nem de uma necessidade do Eu que avalie exatamente os seus vazios. Nela, o movimento parte do pensado e não do pensador. É o único conhecimento de apresenta esta inversão". (LEVINAS, 1982, p. 49).

A relação para que se alcance a alteridade é dada pela exterioridade sendo uma preocupação não para comigo, mas para com o Outro. Nesse sentido, o foco da ética da alteridade e rompimento da liquidez social é o movimento de acolhida do outro como possibilidade de uma nova forma de abordagem da mesma. Dessa forma é que a ética se constrói de forma individual, mas com a perspectiva para o Outro. Ética é libertação e emancipação social, o desafio ético está para além de uma ordem social estabelecida. É tratar sobre a alteridade, sobre o comportamento humano, e a construção de valores importantes para a condição humana do sujeito. Possibilita de forma sagrada, universal e igualitária compreender que cada uma das partes corresponde a um subsistema significativo para a elaboração consistente desse sistema maior, a sociedade, que se relaciona com todas elas, além de outras, quase que numa alteridade entre as partes.

Morin (1997, p.17) colabora com a ideia do sistema e o entende como "...um conjunto de partes diferentes, unidas e organizadas, sendo, portanto, necessário juntar as partes ao todo e o todo às partes". Assim, um todo organizado produz qualidades e propriedades que não existem nas partes isoladas. Isto é, nós somos indivíduos inseridosem uma sociedade, mas o inverso também é verdadeiro, pois podemos dizer que a sociedade está presente em cada um de nós desde o nascimento. Para o autor, as mentes formadas pelo fragmento perdem suas aptidões naturais para contextualizar os saberes, do mesmo modo que para integrá-los em seus conjuntos naturais.

Enfim, o ser humano é linguagem, discurso e interação social. O discurso ético é democrático, aberto e busca de forma igualitária a participação de todos a partir da argumentação comunicativa do que é que é bom para mim reflete no modo de vida do Outro, objetivando consensos de uma esfera coletiva de intervenção e modo de ser no mundo.

Pensar sobre as relações um tempo em que o individualismo e a competição são muito fortes não é nada fácil, até porque nosso contexto social "*de pensar somente em si*", todos os humanos precisam ainda utilizam um pouco do seu tempo para se relacionar, mesmo que muitas vezes virtualmente.

Os seres humanos precisam de relações para se desenvolver e elas funcionam assim: muitas vezes precisamos do outro para espelhar a si mesmo, mesmo que esta busca seja de forma mais virtual ou individual, De acordo com SERRES (2203, p. 169):

> "As relações se estabelecem incondicionalmente e parecem desaparecer. Compreendemos que o que importa é a dificuldade e a raridade dessas relações. Retifiquemos nossas ideias: a existência depende menos da relação do que da sua falta, uma vez que os obstáculosdevem ser ultrapassados".

O tempo liquido é altamente veloz e muitas vezes velocidade não combina com alteridade, uma vez que pertencemos a uma sociedade funcional, onde tudo tem de funcionar aceleradamente rápido.De acordo com MATURANA e REZEPKA (2002, pág. 75):

> Nós os seres humanos nos preocupamos com os outros porque somos animais de linguagem e amorosos. Vemos os outros a medida que crescemos e vivemos na biologia da intimidade, do amor e podemos refletir acerca de

> nossos desejos porque somos animais de linguagem que vivemos em conversações reflexivas.

Fala-se tanto em alteridade, que significa ir ao encontro do outro, e considera-lo um legítimo outro na convivência mas será que ao percebê-lo, consigo me enxergar através dele? Quem é o meu próximo? Conforme SERRES (2003. p. 211):

> Meu vizinho virtualmente falando é a população inteira. Em número, espaço, tempo e velocidade os objetos mundo (computador, telefone...) nos leva a viver e a pensar fora do lugar e além dele, a nos situar em um universo que não tem endereço.

Leonardo Boff (2006) pensa que a humanidade precisa de uma ética que integre a todas as espécies humanas, que afaste o risco de devastação da vida e garanta um futuro utópico. O autor afirma que a convivência é uma possibilidade de humanização, onde valores como a acolhida e o estar junto são essenciais as relações. Define ainda o próximo: "... aquele que me aproximo, que quando me dobro sobre o Outro surge o Eu" (p.23). O essencial reside na aproximação de uma atitude de abertura e convivência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a ética das relações é deixar-se mover por uma estética do pensamento, é abrir mão dos limites da ciência, da liquidez das relações e lançar-sena errância da criação, outra forma de dizer, a afirmação da condição humana como uma autoética (Morin, 2003). Baseada numa intenção de qualidade do humano que pensa e faz, permitindo a superação dos dilemas relacionais da falta de alteridade e de cuidado estamos mergulhados na contemporaneidade.

A Educação é um direito humano fundamental, pois parte de três questões centrais: primeiro, é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança, e terceiro, é uma inculcação de valores, e não apenas instrução, meramente transmissora de conhecimentos. Acrescente-se, ainda, e não menos importante, que ou esta educação é compartilhada por aqueles que estão envolvidos no processo educacional – os educadores e os gestores - ou ela não será educação e muito menos educação em direitos humanos. Tais pontos são premissas: a educação continuada, a educação para a mudança e a educação compreensiva, no sentido de ser compartilhada e de atingir tanto a razão quanto a emoção.

A sua urgência parte da questão da formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas.

Quando falamos na criação de uma cultura em direitos humanos, nos referimos a afirmação à dignidade humana, uma mudança que possa realmente mexer com o que está mais enraizado nas mentalidades, muitas vezes marcadas por preconceitos, por discriminação, pela não aceitação dos direitos de todos, pela não aceitação da diferença. Uma compreensão histórica de direitos humanos traz como eixo principal e óbvio o reconhecimento do direitoà educação, sem o qual todos os demais direitos perdem o sentido. Os Direitos humanos são fundamentais porque são indispensáveis para a vida com dignidade.

Parafraseando Eduardo Galeano, se a utopia se afasta dez passos, me aproximo caminhando dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. A utopia serve para que não deixemos de caminhar

É certamente uma utopia, mas que se realiza na própria tentativa de realizá-la, enfatizando que os direitos humanos terão sempre, nas sociedades contemporâneas, a dupla função de ser ao mesmo tempo, crítica e utopia frente à realidade social.

Precisamos educar os seres humanos para que sejam sujeitos de uma democracia de participação e de palavra. Cada educando é um sujeito de direito pela sua condição humana, igual na sua diferença. Almejamos uma escola que respire e oriente por uma cultura pautada em/para os Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ruy Barbedo. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: a questão relacional. *Rev. Esc. Direito*, Pelotas, v. 6, n. 1, p. 331-356, jan./dez., 2005.

ARROYO, Miguel G.Da escola carente à escola possível. São Paulo: Loyola, 1986.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. Vida líquida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2007.

BOFF, Leonardo. Saber Cuidar: Ética do humano – Compaixão pela Terra. Rio de Janeiro, Vozes, 2000.

_____ apud Oscar wilde. A maestria do professor e as arquiteturas de aprendizagem. Palestra proferida em Congresso do Sinepe, Porto Alegre: 2013.

_____. Virtudes para um outro mundo possível. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente.* Lei Federal 8069 de 13/07/1990.

_____. Conselho Nacional de Educação. Parecer 09/2012.

_____. Constituição Federal do Brasil. 1988

_____. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Parecer 08/2012.

_____. Lei de diretrizes e bases. 1996.

_____. PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. 2007.

_____. Relatório nacional sobre Direitos Humanos em Educação. 2008

CALVINO, Ítalo. As Cidades Invisíveis. São Paulo: Companhia das Letras, 1972.

CAMPANELLA, TommasoA cidade do sol. São Paulo: Ícone Editora, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____ Educação e mudança. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____ Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____ Pedagogia da Esperança. São Paulo, 2002.

GALEANO, Eduardo. De pernas pro ar: A escola do mundo do avesso. Porto Alegre: L&PM, 2004.

LEVINAS, Emmanuel. Entre Nós. Ensaios sobre a alteridade. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (Coord.), 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 2005

MASCARO, Alysson Leandro. Os Direitos Humanos e a dignidade Humana. Disponível em :http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/direitos_humanos_e_dignidade_humana.pdf. Acesso em 26/09/2013.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: palas Athenas, 2001. MINUCHIN, Patrícia;

MORIN, Edgar.*Os Sete Saberes necessários à educação do futuro*. Cortez, 2000.

_____. A Religação dos Saberes: o desafio do século XXI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. Educar na era planetária. Brasília, UNESCO, 2003.

MAFFESOLI, Michel. No Fundo das Aparências. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

MORUS, Thomas A Utopia. São Paulo: L&PM, 1997.

SACAVINO, Susana Beatriz. Democracia e educação em direitos humanos na América Latina. Rio de Janeiro: Novamérica, 2009.

SERRES, Michel. Hominescências: o começo de uma outra humanidade. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

FORMAÇÃO E DEMOCRACIA: APORTES DO PENSAMENTO DE JOHN DEWEY

Jorge Alexandre Bieluczyk[1]
Cledes Antonio Casagrande[2]

RESUMO: O presente artigo, pautado no exercício hermenêutico, tem como objetivo discutir a relação entre experiência e educação, bem como refletir em torno das implicações e das decorrências da democracia para pensar a formação contemporânea. A reflexão está aportada no pensamento deweyano e organizada em dois momentos: no primeiro,faz-seum tratamento conceitual dos termos educação, experiência e democracia; no segundo,realiza-se uma análise dos conceitos abordados e a indicação de algumas decorrências à formação a partir do modelo social democrático. O percurso reflexivo elaborado infere a necessidade de uma nova filosofia da educação para amparar a perspectiva democrática da educação, a existência de interações de qualidade no espaço escolar e a realização de experiências contínuas que possibilitem conectar passado, presente e futuro.

Palavras-chave: Formação, Democracia, John Dewey

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a relação entre experiência e educação, por intermédio da análise das decorrências da democracia para os processos formativos escolares. Ancoramos a nossa reflexão no pensamento do pragmatista norte-americano John Dewey (1859-1952) e dos seus comentadores, que se concentram na compreensão, disseminação e vivificação das ideias do filósofo. As linhas que seguem estão organizadas em dois momentos, sendo: no primeiro, um tratamento conceitual dos termos educação, experiência e democracia; no segundo, a relação dos conceitos e a extração das decorrências à formação a partir do modelo social democrático.

A vida contemporânea, guiada por princípios políticos e econômicos neoliberais, é complexa, multifacetada e controversa. Vivemos em tempos de metamorfoses, de reorganização do tempo e do espaço, de subjetividades fechadas, de efemeridade, de consumo, de conexões, do presente absoluto, do erotismo e da sensualidade do corpo, do esvaziamento das identidades e da experiência, do desempoderramento das instituições sociais tradicionais, enfim, tempos de desencaixes e riscos, de perplexidade e inércia existencial.

O rompimento com as estruturas do passado e com os centros de poder anularam a ideia de um todo unificado e organizado da vida em sociedade. A incerteza e o abalo nas noções de confiança desencadearam uma dinâmica cultural alicerçada na dúvida e na insatisfação, na insegurança ontológica e na fragmentação da experiência. Com o desenvolvimento da comunicação de massa, de maneira especial a comunicação eletrônica, as peculiaridades da vida atual se difundiram sutilmente na dispersão dialética entre o local e o global. A nova realidade resume-se em linhas ininterruptas, abertas e globais, bem como em fragmentações de diferentes ordens da vida humana e social (TOURAINE, 2011; IANNI, 2003)

As tensões da vida hodierna e seus impactos na constituição do homem e da experiência social democrática são nítidos nas escolhas de vida, na realidade das inter-relações local-global e nas questões ética-morais que polemizam as pautas do cotidiano. Diante da polêmica em torno da vida contemporânea, por vezes concebida negativamente, pressupõem-se indivíduos emancipados e comprometidos com a cidadania, bem como espaços democráticos que possibilitam a formação, o repúdio de todas as formas de violência e o combate à apatia política.

Ante aos desafios e os anseios sociais do tempo presente, os profissionais da educação fazem um esforço significativo para compreender e adequar os elementos teóricos e práticos referente aos processos desenvolvidos nas instituições educativas. Porém, os princípios educacionais dos séculos XVII, XVIII e XIX,enraizados na cultura da escola e da sociedade, continuam pautando as reflexões e

1 Mestrando no PPG em Educação do Unilasalle – Canoas, RS. jorge.bieluczyk@lasalle.org.br
2Doutor em Educação pela PUCRS. Professor do PPG em Educação do Unilasalle – Canoas, RS. cledes.casagrande@lasalle.org.br

práticas atuais por meio de uma concepção instrumentalista, em que se requer da escola a preparação dos futuros cidadãos democráticos. Nessa perspectiva, o espaço e os processos escolares são entendidos como preparação e internalização de valores que serão postos em vida ulterior. Munir os alunos de conhecimentos, habilidades e disposições democráticas, justifica todo o arcabouço metodológico fundado na transmissão e a visão individualista de democracia, já que a ação democrática se concretizaria pelas aptidões de cada indivíduo.

Na tentativa de superar a visão instrumentalista e estruturalista de educação, que impede o desenvolvimento de uma experiência contínua e que reforça as fragmentações entre teoria e prática, corpo e mente, sensações e razão, vemos na filosofia da educação, fundada na experiência, uma nova perspectiva de conceber a formação para os tempos atuais. Distante de ser uma concepção receituária, a filosofia em questão nos permite cogitar processos formativos que conectam os dualismos históricos desenvolvidos, de maneira especial, escola e sociedade. Com a mudança de horizonte educativo, se torna possível educar para democracia, não como sistema, mas como modo de vida. Isso significa que: o espírito democrático deve ultrapassar os currículos e métodos, potencializando a participação ativa dos estudantes nos processos de construção dos saberes e no contexto social e politico em que se age e aprende.

Visualizando a concretização de espaços e processos formativos escolares, que respondam com assertividade o ideal da emancipação e da cidadania da sociedade presente e futura, faz-se necessário reforçar as filosofias da educação que propõem horizontes de superação dos limites impostos pelos dualismos, das fragmentações dos elementos que compõem a vida e da ineficiência dos processos formativos escolares atuais. Contaminada com os princípios de uma tradição estruturalista, a educação contemporânea mostra-se ineficiente e com baixo poder de resposta aos anseios humanos e sociais do mundo presente. Diante desse panorama exposto, trazemos à tona a reflexão sobre a educação e a experiência, por meio da problemática: quais são as decorrências para a formação do homem hodierno ao cogitarmos uma sociedade democrática?

2 RETOMADA CONCEITUAL

Antes de abordar diretamente a problemática posta faz-se necessário retomar três conceitos básicos que sustentarão a reflexão posterior. Trata-se de uma imersão no pensamento de John Dewey com a esperança de encontrar elementos que nos permitirão vislumbrar novas perspectivas filosóficas e práticas para os processos formativos escolares atuais. Abordaremos nesse tópico o entendimento deweyano de educação, de experiência e de democracia.

2.1 A educação como um fator social

Na principal obra deweyana intitulada “Educação e Democracia”, publicada em 1959, o filósofo estreia apontando a educação como uma necessidade da vida, ou seja, maneira de renovar-se e conservar-se diante do rompimento determinado pela morte. Esta compreensão abre campo para pensar a vida dentro de uma dimensão física, em que implica a renovação e a adaptação fisiológica dos seres que interagem com o meio, e de uma dimensão da experiência, subtendendo todo conjunto de crenças, ideais, esperanças, sofrimentos e hábitos. Nessa perspectiva, a educação torna-se um instrumento de continuidade social da vida, que não é dada numa forma fixa e nem acabada, mas contínua e aberta.

Necessária dentro da dinâmica do nascimento e da morte, a educação aproxima mundos e suprime a distância entre a realidade do imaturo e do adulto. Aproximando gerações e oxigenando as experiências, educar torna-se uma questão de necessidade social de existir na medida em que os imaturos não conseguiriam sobreviver e adquirir as capacidades técnicas, artísticas, científicas e morais do grupo que fazem parte. Por meio da escola, espaço de comunicação e formação da mentalidade, o grupo assegura o interesse comum e necessário para constituírem uma sociedade com material compreensivo, emocional e intelectual próprio.

Apropriando-se da comunicação como meio de desenvolver a transmissão dos valores do grupo e a continuar a vida social, os processos formativos assumem a atividade modeladora dos novos membros sociais embasada numa dinâmica educativa que estimula a imaginação, o sentimento de responsabilidade e a expressão com cuidado e exatidão sobre o vivido e o porvir. Elevar o imaturo ao estado social exige que o grupo garanta o desenvolvimento físico e, principalmente, possibilite que haja

uma transformação na qualidade da experiência, em que se enfatiza os aspectos ideológicos e os interesses do grupo.

É a partir do elemento qualificador da experiência que Dewey (1959) começa a formular sua filosofia da educação. Como os elementos ideológicos não podem ser determinados à força e nem materialmente, a saída encontrada e apresentada pelo pensamento deweyano é o trabalho em torno da vivência que o indivíduo realiza ao longo do processo educativo formal e informal. Tal vivência é caracterizada pela relação do indivíduo com o meio ambiente, ou seja, com espaço social. "Em suma – o meio ambiente consiste naquelas condições que desenvolvem ou embaraçam, estimulam ou inibem, a atividade característica de um ser vivo." (1959, p. 12).

Está claro que o meio ambiente é apenas uma dimensão da interação e, por isso, ele não é educativo por si só. Não implanta desejos e ideais do grupo de maneira natural. Para haver assimilação e vivência dos valores do grupo faz-se necessário estimular a atitude emocional do indivíduo, criando predisposições das emoções e da razão para que a interação com o meio assuma o espírito e a linguagem comunitária. Nesse sentido, a linguagem é o alicerce para que a interação efetive-se com sucesso. É por meio da linguagem que o indivíduo imaturo compreenderá os signos e os seus significados, podendo compartilhar experiências e ressignificar o vivido. Assim, a educação necessita possuir uma linguagem conectada com a experiência, extraindo e reconstruindo sentidos e significados que se opõem e violentam a vida.

A vida social exige a formalização dos processos formativos. Esses são garantia da vida e dos valores do grupo diante da complexidade da estrutura societal. Sem a organização educacional formal é impossível manter a unidade de um grupo, tendo presente à rede de relações comuns que estimulam as associações e os vínculos entre os indivíduos. A fragilizada no âmbito teórico, curricular, metodológico e na sua infraestrutura abre campo para a informalização do ensino, dispersando a unidade social, a ampliação da experiência e a possibilidade da concretização da democracia. De acordo com Dewey (1959) sem a educação formal seria impossível manter a vida e suas associações na sociedade complexa, sabendo que essa é mantida no acesso dos mais novos à cultura e símbolos já elaborados.

A manutenção e a evolução da vida em sociedade são dadas pelo crescimento educativo dos membros imaturos, fazendo com que a educação assuma uma função social modeladora dos indivíduos de acordo com os desejos do grupo. Para inserir um membro novo no grupo se faz necessário uma transformação da qualidade da experiência, em que haja assimilação dos aspectos ideológicos e os interesses do grupo. Não se trata apenas de uma questão física de estar junto ou de força, mas de uma realidade que implica a qualidade das relações como condição de aprovação ou reprovação das atitudes que movem o bando.

A interação, entre o indivíduo e o meio, determinante para o desenvolvimento e a aquisição de conhecimentos e de elementos emocionais do grupo, encontra na linguagem a ferramenta principal para tornar a aprendizagem efetiva. Quando as palavras e os significados não se encontram nas ações compartilhadas, acabam se tornando apenas meros estímulos físicos. Perde o valor, a conexão com a vida e a finalidade comum. Nesse sentido, a educação tem um papel social de libertação e de transformação do sujeito ao ampliar a linguagem e a possibilidade de comunicação e ao enriquecer as significações das experiências que extrapolam a linha das proibições e da rigidez.

A educação como um fator social consiste no mecanismo intencional de garantir e manter o grupo. A organização de um espaço e de processos formativos surge da necessidade de ultrapassar os limites sociais, bem como de interpretar os símbolos registrados pela cultura passada. A escola acaba sendo um meio especialmente preparado de transmissão das convicções, esperanças e conhecimentos aos imaturos, que simplifica e coordena os fatores mentais e os costumes sociais de maneira equilibrada.

A partir dessas ideias, John Dewey projeta a educação como uma ferramenta social essencial para guardar a vida em sociedade, desenvolver e progredir o espírito democrático e enriquecer a experiência. No ponto seguinte abordaremos o entendimento deweyano desse instrumento que visa à perpetuação das associações humanas.

1.2 A experiência Educativa

A concepção de educação deweyana parte do princípio de que o indivíduo é um ser social e que se constitui em sociedade. É na interação com o meio, no agir e no sofrer, que se dá a experiência, conceito central no pensamento de Dewey. Segundo Teixeira (1978) no plano humano a ação e reação

ultrapassam o plano puramente biológico, chegando à reflexão, ao conhecimento e a reconstrução da experiência. Nesse sentido, experiência não hostiliza a natureza e a vida, mas se constitui a partir delas, é um modo de interação em que situação e agente são transformados.

A mútua relação entre indivíduo e meio trata-se de uma dinâmica orgânica, não sendo primeiramente cognitiva. No entanto, as vivências restritas ao universo da mútua relação são de pouco valor para a vida humana, não fornecem nenhum material que possibilite entender e organizar melhor as realidades que circundam. O material que emerge da relação dita passa a ganhar valor na medida em que é submetido à reflexão, a análise e a inteligência, ou seja, quando as experiências se tornam aptas para dirigir novas experiências.

A experiência educativa consiste na experiência inteligente, em que toma parte o pensamento, através das conexões entre as relações passadas, presentes e futuras antes não percebidas. Toda experiência é educativa quando for mediada pela reflexão em busca das conexões e de novos conhecimentos que enriquecerão o espírito e a significação mais densa da vida. Ela aufere o máximo de sentido quando mobilizar não somente a razão, mas a sensibilidade e a disposição emocional dos indivíduos. Nesse sentido, educar é crescer na compreensão de uma vida mais rica, criativa e bela, em um mundo fragmentado e distorcido por paradoxos limitantes.

Conforme Dewey (1959) toda experiência que é compartilhada ou vitalmente social é por natureza educativa. Ela ganha estímulo e enriquece a imaginação, gera sentimento de responsabilidade, obriga a elaboração de uma comunicação objetiva e cuidadosa, e desafia apensar o passado, presente e o futuro.Ao contrário da experiência que se esvazia na rotina e na estrutura rígida, no processo mecânico e dualista. Nesse sentido, Dewey (1979) concebe a educação como um processo de reconstrução e reorganização da experiência, que possibilita perceber os sentidos e dirigir o curso das experiências futuras. Isso significa que a experiência no espaço escolar passa por um processo de lapidação aos cuidados do pensamento, que possibilita agregar novas relações e novos conhecimentos para dirigir com mais segurança as experiências futuras. Por intermédio da reflexão, que assume uma função instrumental, a experiênciaé organizada de acordo com as necessidades da vida humana e da adaptada às condições oferecidas pelo meio.

Quando se cogita a educação pelo viés da experiência faz-se necessário pensar os fins (resultados) conectados aos meios (processos). É patente que tanto a experiência quanto a matéria do pensamento são formados por elementos que se identificam com o processo da vida, com a necessidade de renovar-se e de equilibrar os conflitos entre um organismo e o meio. É vivendo e submetendo o viver à inteligência que a experiência educativa se constitui e permite a perpetuação da vida social. Nesse sentido, afirma Dewey (1978, p.18) “A divisão entre o fim e o processo autoriza a dissociação entre a educação e a vida, ou, pior ainda, autoriza a suposição de que se mistura educação ou instrução por processos puramente passivos de ensino”.

Não existe fase ou idade para fazer de uma experiência educativa, pois o processo educativo se dá em toda a vida, desde o nascimento até a morte. Esse itinerário experiencial se formula numa dinâmica orgânica de uma constante reorganização e reconstrução dos significados extraídos do vivido. Isso significa que a atividade educativa não provém do vácuo e desconectado do mundo, mas é uma resposta aos estímulos dados pela interação entre o organismo e o meio. O meio é portador de condições que incitam ou embaraçam a inserção do ser. Daí resulta as problemáticas ou conflitos da experiência que necessitam do apoio da inteligência para organizar e direcionar de maneira segura o curso das atividades educativas.

Diante dos conflitos que emergem na experiência cabe a escola, espaço institucionalizado da educação, preparar o ambiente onde o indivíduo age, pensa e sente. O espaço educativo formal não pode ser uma ilha ou constituir um mundo dentro de outro mundo, uma sociedade dentro da sociedade. Ela precisa estar em sintonia com o mundo e com as associações que possibilitam uma experiência comum, que supere a internalização de modos externos de ação e aproprie-se das forças internas para definir o agir comum.

É através da experiência que a educação se processa, que os significados e sentidos são elaborados. Com o uso da linguagem a experiência é ampliada e posta em processo de reconstrução, tornando a experiência educativa possível e libertadora de forças e tendências que obstruem a direção e a orientação das atividades educativas. Por fim, a experiência educativa implicada numa relação harmônica, ajustada e comunicada entre o indivíduo e o meio não visa apenas à preservação dos elementos sociais, mas a constante renovação e revisão da vida.

2.3 A democracia

O conceito de democracia consiste num dos objetos centrais no pensamento deweyano. Essa noção é elaborada a partir de um contexto e de uma experiência específica do filósofo, que envolve religião, costumes sociais e formação intelectual. Na obra "Democracia na América" Alexis de Tocqueville elucida o espírito democrático do povo americano e dos imigrantes situados no extremo oeste dos Estados Unidos ou na região conhecida como Nova Inglaterra.

O estado social dos americanos e eminentemente democrático. Teve esse caráter desde o nascimento das colônias eo tem mais ainda nos dias de hoje. (...) reinava uma grandeigualdade entre os emigrantes que foram estabelecer-se nascostas da Nova Inglaterra. O próprio germe da aristocracianunca foi depositado nessa parte da União. Ai só se puderam fundar influencias intelectuais (2005, p.55-56).

Comprometido com o seu tempo e com as ideias democráticas da sua comunidade, John Dewey supera as limitações do conceito de democracia restrito as instituições partidárias e o coloca numa relação com a vida e com o mundo. Assim, a democracia torna-se princípio de unidade do mundo expresso na comunicação e na integração de uns com os outros, no intercâmbio das partes que compõem o todo e na flexibilidade e continuidade das relações. Conforme Amaral (2007) a caracterização da unidade pelo pensamento deweyano é peculiar a mente preocupada em amparar racionalmente a sua crença na organização democrática da vida e das suas circunstâncias.

A democracia no pensamento deweyano consistenuma verdade irrefutável, que se concretiza na associação humana. Para ele (1959) a democracia como uma maneira de vida associada, de experiência coletiva e comunicada, assegura-se em duas condições: a primeira é que os membros de uma comunidade desenvolvam um conjunto de experiências comuns, que permita a mútua identificação pelos elementos simbólicos, valores, pensamentos e costumes. Outra é a existência de grupos capazes de trocar experiências entre si, de modo plural e livre. Assim, a democracia torna-se o pressuposto básico para amparar a livre comunicação entre os homens e possibilitar o (re)direcionamentodas experiências sociais.

A democracia apresenta um cunho social estético, ou seja, uma sensibilidade em relação às experiências problemáticas e uma necessidade de investigação acerca dos conflitos. Conforme Sook (2002) apenas uma sociedade democrática possibilita que os indivíduos experienciem seus problemas sociais e trabalhem conjuntamente em busca de alternativas eficazes, pois numa democracia nenhum valor social é fixo e definitivo, mas sim provisório e refutável. Dessa maneira, os indivíduos são concebidos como agentes e por meio do compartilhamento das experiências são estimulados a agir inteligentemente, ampliando o campo de interesse e pautando suas próprias ações pelas ações dos outros.

A efetivação de uma sociedade democrática transpõe o ideário de ações isoladas ou restritas a desejos e interesses pessoais. Ela exige processos que implicam a participação ativa na resolução das problemáticas cotidianas, aplicando os valores humanos mais elevados na constituição social. Uma sociedade com seus alicerces valorativos fragmentada tende a cair na austeridade, na institucionalização formal da vida e na idealização estática e egoísta. Por isso, Dewey (1959;1979) defende a democracia como a forma eficaz de edificar uma sociedade fundada em interesses comuns e na cooperação comunicativa e livre entre os membros sociais.

O funcionamento adequado da democracia ordena que os bens compartilhados sejam avaliados, reavaliado e regulados por instrumentos que promovem a reconstrução democrática. Sustentados pela inteligência humana, considerada por Dewey (1970) um bem e um ativo social, a ciência, a filosofia e a educação são colocados como meios de efetivação de uma sociedade livre e que aspira ideais semelhantes dentro de um mesmo habitat.

Numa sociedade dinâmica e complexa como é a sociedade atual, a ciência torna-se indispensável na conexão entre as novas e velhas condições, espaços e tempos, costumes, instituições e crenças. Nessa perspectiva, a ciência inteligente oferece publicamente ao homem contemporâneo ferramentas de entendimento e de renovação prudente das coisas que o cercam. Nessa mesma direção apresenta-se a filosofia num plano real, isto é, ocupando-se dos problemas que se processam em alta velocidade e desencadeiam realidades existências perplexas. Ciência e filosofia não se opõem, ao contrário, na visão deweyana se unem e buscam possibilidades eficientes para as lutas e debates travados no âmbito da vida. Por fim, a educação assume a tarefa primordial do crescimento do ser humano e do

desenvolvimento da democracia. Introduzindo e direcionando o imaturo na vida social, a educação usufrui de competência para organizar os meios, despertar os valores comuns e, inteligentemente, investigar e resolver os conflitos que se dão no âmbito objetivo e subjetivo da vida.

Caracterizando-se como motor da democracia, a educação para o filósofo norte americano implica na formação de atitudes participativas, disposições morais e no cultivo de apreciações estéticas que conduzem no aprender a pensar, no aprender a solucionar problemas conjuntamente e aprender a viver de forma responsável, ética e justa. Em vista disso, as práticas mecânicas e rotineiras, cegas e arbitrárias distanciam da vida democrática e da defesa das regras, direitos e responsabilidades que compõem o avanço e o bem estar social.

3 DECORRÊNCIAS PARA PENSAR A FORMAÇÃO NUM ESTADO DEMOCRÁTICO

A concretização de um estado democrático alicerçado em princípios éticos, justos, fraternos e igualitários consiste num desafio cotidiano e no desejo social mais profundo da maior parte das comunidades hodiernas. Porém, a concretização da democracia, em algumas realidades, é insustentável pela falta de consistência social, cultural, política e econômica que permita, em nível amplo, o desenvolvimento de uma experiência democrática. Nesse sentido, o espírito da democracia, que supera uma estrutura governamental, não é incutido nas relações humanas e sociais de maneira natural e espontânea, mas é um exercício de aprendizagem que envolve valores, símbolos, crenças e experiências refletidas e ratificadas no cotidiano.

Vivemos numa sociedade complexa com múltiplas formas de relação, de vida grupal, de crenças, mudanças e problemas, conflitos ideológicos e de símbolos. Constantemente nos perguntamos: como e qual é o caminho integrador dessa sociedade complexa que, por vezes, dá sinais de falência na violência, na intolerância, na falta de reconhecimento, no individualismo? Não é de outra realidade que emergem as alternativas para o tempo em que vivemos, mas deve ser da própria complexidade e da vida contemporânea múltipla que se dissemina em alta velocidade. Com as mudanças rápidas e uma crise paradigmática instaurada, percebemosnos conflitos políticos, ideológicos e religiosos espalhados pelo mundo a propensão de excluir o meio termo como alternativa para apoiar-se em posições liberais anarquistas ou no mais cruel radicalismo.

Partimos de uma resposta ao momento em que vivemos objetiva, isto é, necessitamos concretizar a democracia como uma forma digna de vida associada. Porém, ao pensarmos a democracia como uma alternativa para enfrentar e equilibrar a complexidade da sociedade, faz-se necessário cogitar meios que permitam integrar e aprender os valores e o espírito democrático. Assim, compartilhamos com o pensamento deweyano de que a educação emerge como o principal instrumento para a edificação de uma sociedade democrática, possibilitando o desenvolvimento de experiência contínua e criativa da vida.

Tendo presente os seguintes horizontes: 1) a democracia como a única forma digna de vida humana; 2) a democracia não restrita apenas à uma forma de governo, mas num modo devida associada; 3)vida democrática dada por meio do exercício e da criação de hábitos aprendidos e direcionados pela inteligência; e 4) a educação como instrumento modelador do espírito social democrático.

Visualizamos algumas implicações para a formação do indivíduo num ideal de sociedade democrática.A primeira decorrência para a formação numa sociedade democrática consiste numa reconstrução filosófica do modelo educacional vigente. Isso não significa abandono ou negação total dos princípios e dos processos formativos vinculados àeducação tradicional, nem "cabe obter um acordo entre as escolas oponentes de pensamento e formular uma via media, nem elaborar uma combinação eclética de pontos apanhados aqui e ali entre duas escolas" (DEWEY, 1979, p.XV-XVI). Pelo contrário, versaa realização de uma tarefa inteligente de reelaboração dos horizontes educacionais atuais, levando a ordenação de novos conceitos que desencadeiam novas práticas pedagógicas. Trata-se de uma tarefa árdua e cuidadosa que tem como finalidadeo crescimento dos indivíduos, enquanto seres, e a concretização de uma sociedade democrática, não como um dado, mas como um projeto, uma experiência que consideramos o melhor modo de vida.

A educação é, em seu sentido lato, uma ferramenta que ampara a continuidade da vida e deve estar enraizada na organicidade da comunidade humana. Uma nova filosofia da educação romperia com um esquema dualista e mecânico de transmissão de saberes de cima para baixo e de fora para dentro. Em outras palavras "Porque a educação velha impunha ao jovem o saber, os métodos e as regras de

conduta da pessoa madura, não se segue, a não ser na base da filosofia dos extremos 'isto-ou-aquilo'" (DEWEY, 1979, p.9). A ideia de uma nova filosofia consiste na busca pela unidade da vida e da intima relação entre os processos de nossa experiência real e a educação. Em última instância, trata-se da experiênciaser simultaneamente meioe fim dos processos educativos, tendo presente que "o homem é essencialmente um agente. (...) um 'agente-paciente' que é afetado pela ação e a ação afetada por aquele que age" (BERNSTEIN, 2010, p. 105. Tradução Nossa).

Revigorar a filosofia da educação que alicerça os processos formativos atuais exige o desprendimento da concepção tradicional associada aos processos de preparação para o futuro, memorização de conteúdos, desdobramento das faculdades latentes, adestramento do indivíduo e de suas capacidades. A proposta deweyana,de acordo com Cunha (1998, p.51), "aplica-se sobre a própria experiência atual; esclarece sua potencialidade, amplia seus limites e dirige o curso das experiências que estão por se dar". Nessa perspectiva, a escola torna-se um espaço democrático de compartilhamento de experiências, o professor o mediador e estimulador do estudante, o aluno protagonista e o saber produto da ação reflexiva que reflete a experiência concreta dos estudantes.

A segunda implicação que extraímos ao pensarmos a formação num e para um estado democrático se trata da qualificação das interações dadas no espaço escolar. Considerando a escola lugar por excelência da educação, por oferecer aos educandos um meio organizado e racional simplificado da ampla e complexa sociedade, compete a ela equilibrar elementos que fazem parte da vida social e possibilitar, a cada indivíduo, a superação dos limites vinculados ao grupo social originário. "Eliminar os aspectos desvantajosos do ambiente comum quer dizer que a escola deve garantir que as diferenças individuais num mesmo ambiente não sejam vistas como uma barreira para uma aproximação e uma confluência de objetivos" (ROCHA, 2011, p.68).

Formando uma comunidade diversa pautada por tradições, crenças, culturas, sonhos, frustrações, contradições e esperanças, a escola traz à tona a vida, mesclada e expressa em múltiplos tons. Diante desse universo complexo e conflituoso ascende a necessidade de integrar e dirigir as novas gerações à edificação de uma sociedade futura melhor, que se equilibra na experiência compartilhada de valores e significados. A escola é exigida a usar uma linguagem que supera a inércia e a distância estabelecida em relação à realidade vivida dos educandos, evidenciando a continuidade das interações dadas nos intercâmbios sociais. De acordo com Cunha (1998) a missão da escola não consiste simplesmente refletir a sociedade, mas participar ativamente na sua reconstrução.

Nessa perspectiva, o espaço escolar composto por relações e experiências consolidadas ressalta a função social da escola de ampliar as experiências, romper com as barreiras que impedem de significar as ações cotidianas e dirigir a continuidade da vida. Não apostar na escola como uma instituição social portadora de meios adequados para garantir a sobrevivência da coletividadetorna-se uma ameaça para a democracia, pois restringe a ampliação das experiências dos indivíduos e consequentemente da vida social. Assim, uma educação que não impulsiona a participação dos educandos e não promove a interação significativa no espaço escolar tende a cair no ativismo e na inércia pedagógica pela preparação para o futuro.

Enfim, formar democraticamente levando em conta o espaço escolar como meiorequer que o estudante assuma um papel ativo no processo de aprendizagem desenvolvendo suas potencialidades de investigação, cooperação e construção de saberes; o professor coloque-se como mediador das atividades, direcionando, controlando e guiando o aluno às novasdescobertas do mundo e a inserção a vida social; e o ambiente escolar esteja organizado e preparado para acolher as experiências vividas; lapidar reflexivamente os significados e sentidos da experiência; e favorecer o crescimento dos indivíduos, o engajamento com a vida da comunidade e a ordenação das experiências posteriores.

A terceira e última ideia que trazemos àtona trata-se da direção de experiências contínuas. Cogitar uma sociedade democrática implica adquirir a capacidade de regular e dirigir as experiências posteriores. Democracia, bem como educação, são conceitos e realidades orgânicas e comunicadas, constituídas por sujeitos ativos e autônomos que cooperam e almejam a liberdade, a igualdade e a justiça. Assim, destaca Fávero; Tonietto (2015, p.86) "pode-se afirmar que a escola educa democraticamente, quando promove espaços de participação, diálogo e tomada de decisão, naqueles assuntos em que é possível equilibrar as assimetrias individuais em favor da simetria democrática".

A continuidade das experiências educativas é pensada como um meio de romper com os dualismos teóricos, práticos e sociais elaborados ao longo da história da humanidade, bem como com o esfacelamento contemporâneo do tempo e o espaço realizado pela velocidade das mudanças. A oposição

de naturezas conceituais, situações concretas da vida e das realidades sociais está enraizada na vida hodierna, de tal forma, que a atividade humana assume a rotina e a passividade como orientadoras da vida. A deficiência reflexiva em torno dos elementos que compõem a vida e suas facetas resulta numa sociedade líquida, de acordo com a definição do filósofo polonês Zygmunt Baumann (2003), ou na falta de sentido pessoal, conforme reflete Anthony Giddens (2002a). No entanto, uma comunidade com baixa capacidade reflexiva, isto é, de submeter a experiência ao pensamento coloca em risco a democracia por não desencadear um processo contínuo das vivências. Para Dewey (1959) apenas uma sociedade fundada no modelo democrático pode conduzir e contribuir para unificar a vida social esfacelada, fragmentada e esvaziada pela ação rotineira e mecânica.

Formar para a vida democrática consiste em estreitar as associações interativas entre o indivíduo e o ambiente, conectando as experiências escolares às extraescolares. A educação é vida, ou então, experiências em movimento. Isso significa, que a formação dos indivíduos não pode ser artificial, mas atual na proporção que os estudantes possam manipular as problemáticas da vida real em vista das melhores soluções para os conflitos que se apresentam em seus contextos. Assim, os processos de ensino e aprendizagem livram-se do espírito livresco e do falso intelectualismo em favor do espírito social compartilhado na comunicação dos signos e o interesse comum.

Uma formação descontínua,que estabelece interrupções nos significados e nos interesses de um grupo, não permite o crescimento dos indivíduos e o desenvolvimento da vida social. Pelo contrário, ressalta a fragmentação, a dificuldade de extrair sentido das vivências, o isolamento dos indivíduos e a formalização da vida. Nesse sentido, aponta Cunha (1998) que as interações educativas necessitam garantir unidade e vínculo com a vida do aluno e com o interesse comum no intuito de produzir significados a partir das experiências. Enfim, trata-se de explorar a necessidade vital de reconstruir, reorganizar e reviver as experiências no âmbito contínuo e criativo da democracia como um modo de vida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao refletirmos sobre formação e democracia a partir do pensamento deweyano ressaltamos a relação íntima dos conceitos quando pensamos a escola e os processos de ensino e aprendizagem na perspectiva social. Uma escola fechada em si mesma e restrita à transmissão de saberes acumulados consiste em uma instituição social morta, sem valor progressivo das experiências e da vida. É por meio da reconstrução e da reorganização dos significados elaborados no interior do grupo, e trazidos à tona no espaço público da escola, que a educação ganha valor e notoriedade no papel que desempenha.

Conjecturar a formação atual na perspectiva democrática exige defender uma mudança estrutural social fundada no ideal aristocrático-republicano. Não podemos 'fazer de conta' que a escola está aberta com qualidade a todos, muito menos que o aprendizado desempenha papel significativo na vida dos estudantes. É quase impossível cogitar uma vida democrática enquanto a escola desempenhar práticas pedagógicas focada sem si mesma, reduzidas a conteúdos e a transmissão fria e desconexa com as experiências dos estudantes. Os desafios da escola crescem na medida em que seu espaço torna-se um reduto de indivíduos angustiados, inseguros e irreflexivos diante de si mesmo e do mundo.

Não podemos nos iludir que a democracia, como um modo de vida, consiste numa iluminação metafísica. Pelo contrário é um exercício cotidiano de reflexão, diálogo e experiências construídas e trocadas a partir de um movimento interativo e contínuo de sentidos e significados, que compõem a vida particular e social. Nessa direção, a educação apresenta-se como caminho fundamental para conduzir e direcionar os indivíduos no processo de crescimento e inserção na dinâmica democrática.

Portanto, a concretização da formação voltada à democracia exige uma nova filosofia da educação, bem como interação e experiências contínuas que fomentem a descoberta e a unidade da vida, fragmentada e dispersa do interesse comum. Nessa perspectiva, nota-se que o pensamento deweyano contém propriedades para cogitar a reformulação da filosofia da educação atual e conduzir a reconstrução das experiências educativas.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BERNSTEIN, Richard. Filosofia y democracia: John Dewey.Herder: Barcelona, 2010.

CUNHA, Marcus Vinícius. John Dewey: uma filosofia para educadores em sala de aula.2. ed. Vozes: Petropólis, 1998.

DEWEY, John. Liberalismo, liberdade e cultura. Trad. de Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 1970.

_____. Democracia e Educação. 3. ed. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1959.

_____. Experiência e Educação. 3. ed. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1979.

FÁVERO, ALTAIR ALBERTO; TONIETO, Carina .A educação democrática na escola deweyana: para discutir a relação entre educação escolar e democracia. Filosofia e Educação, v. 7, p. 35-93, 2015.

GIDDENS, Anthony. Modernidade e Identidade. Zahar: Rio de Janeiro, 2002a.

ROCHA, Eliezer Pedroso da.John Dewey: o educador da democracia. Editora Inhouse: Jundiaí, 2011.

SOOK, John R. Os pioneiros do pragamatismo americano. DP&A: Rio de Janeiro, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis. Democracia na América. Trad. Eduardo Brandao. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – MIGRAÇÔES, RELAÇÔES INTERNACIONAIS E DIREITO

CANOAS, 2016.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DE ORIGEN EN LOS PROCESOS MIGRATORIOS (MASIVOS) FORZADOS

Alina Celi Frugoni [1]

RESUMO: O objetivo do artigo refere-se ao estudo da responsabilidade legal do Estado nos casos de processos de migração atuais em circunstâncias forçadas, tendo em conta o contexto dos riscos e ameaças para a vida dos cidadãos e da violação dos seus direitos humanos de continuar morando em seus territórios de origem. Estes riscos podem- se constituir pelas mais diversas causas tanto conflitos armados, quanto crises agudas naturais ou ambientais causados por acidentes humanos, discriminação étnica ou racial, dentre outros. A metodologia consiste no estudo da realidade a partir de uma visão construtivista, expandida do Direito e capaz de quebrar visões hegemônicas, em particular, no que diz respeito ao tratamento dos direitos humanos dos migrantes, e a responsabilidade internacional do Estado no contexto global. Para este efeito, as principais tendências teóricas, em particular as referentes a teoria das relações internacionais são analisadas. Procura-se a obtenção de resultados em relação: a) crítica e recriação do conceito atual (restringido), da responsabilidade internacional do Estado ; b) críticas e recriação da noção tradicional de cidadania ultrapassado pelos contextos globais atuais ; c) validação de modelos construtivistas para resolucao dos actuais problemas de natureza internacional , regional e da comunidade. Direito internacional e discussões teóricas atuais em torno das relações internacionais na sociedade global, são pilares adequados para a discussão da construção de novas identidades, expandindo os conceitos de cidadania tradicionalmente associadoao conceito de Estado-nação, assim como o estudo da responsabilidade internacional na migração massiva forçada.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade internacional. migrações massivas forcadas. construtivismo.

CANOAS-RS

RESUMEN: El objetivo del artículo refiere al estudio de la responsabilidad jurídica del Estado en los casos de los actuales procesos migratorios calificables de forzados, teniendo en cuenta los contextos de riesgos y daños para la vida de los ciudadanos y la violación de sus derechos humanos que implica la permanencia en sus territorios de origen. Dichos riesgos pueden constituirse por las más diversas causas ya sean conflictos armados, crisis agudas ambientales, sean naturales o provocadas por accidentes humanos, discriminación étnica o racial, entre otros. La metodología consiste en el estudio de esta realidad, desde una visión constructivista, ampliada del Derecho, capaz de quebrar visiones hegemónicas en particular, en lo referente al tratamiento de los Derechos Humanos de los migrantes y de la responsabilidad internacional del Estado en el contexto global. Para ello se analizan las principales tendencias teóricas en particular las relativas a la teoría de las relaciones internacionales. Se esperan obtener resultados respecto: a) crítica y recreación del concepto actual (restringido) de la responsabilidad internacional del Estado; b) crítica y recreación del concepto tradicional de ciudadanía superado por los actuales contextos globales; c) validación de los modelos constructivistas para la resolución de problemáticas de índole internacional, regional y comunitaria actuales. El Derecho internacional y las actuales discusiones teóricas entorno a las relaciones internacionales en la sociedad global, constituyen pilares adecuados para el debate de la construcción de las nuevas identidades y ampliación de conceptos de ciudadanía, asociada tradicionalmente al concepto de Estado-nación, y el estudio de la responsabilidad internacional del Estado en las migraciones masivas forzadas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad internacional, migraciones masivas forzadas, constructivismo.

---

1 Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) *alina.celi@gmail.com* Doctora en Derecho (Universidad de Alicante, 2011), Máster en Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo, 2005), Postgrado en Derecho Ambiental (Universidad Austral de Buenos Aires, 2004). Graduación en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1994). El artículo se enmarca dentro de la investigación que desarrolla la autora en el ámbito de la (Universidad do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, RS, Brasil), bajo la dirección del Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, y con el apoyo económico del Programa Nacional de Posdoctorado de la Fundaçao (PNPD) de CAPES, MEC, Brasil.

1 INTRODUCCIÓN

Al cierre del presente artículo en el ámbito de las Naciones Unidas se llevaba a cabo la I Cumbre Mundial Humanitaria (Estambul, 23-24 de Mayo, 2016). En ella el debate se centró sobre los excesivos niveles de sufrimiento actual, comparables con los de la segunda guerra mundial, hace ya más de 70 años.

Considerada que la crisis actual debe ser enfrentada por la comunidad internacional, el interés se centra sobre la prevención y el fin de los conflictos, el respeto por las normas de la guerra, así como invertir en la humanidad sin discriminación alguna, haciendo hincapié en deberes morales más que jurídicos y en las necesidades de afrontar nuevos desafíos a escala global. Vinculados a estos designios de orden moral se suman otros de orden político, adoptados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015); se trata pues de adoptar una Agenda para la Humanidad y cumplirla. El sistema adopta una forma de estructura en red donde quedan comprometidas, la acción de distintos ámbitos además de las organizaciones internacionales y regionales y los gobiernos, tanto como las redes comunitarias, la academia y la sociedad civil.

Con ello además de reconocer, la insuficiencia de los cónclaves políticos asociados a intereses particulares de las naciones, se perfilan nuevos sistemas de organización internacional y con ello de decisión y orden jurídico. En tal sentido, modelos de relaciones internacionales basados en enfoques constructivistas son esenciales y con ello las teorías jurídicas que sustentan dichos modelos.

La responsabilidad internacional continúa siendo un instrumento imprescindible de prevención del delito y crimen internacional, pero las dificultades para llevar a cabo su instrumentalidad, requieren de modelos compensatorios y es allí donde la crítica al Derecho internacional público clásico y nuevas teorías encuentran un campo fértil.

Los procesos de migraciones forzadas constituyen además de un desafío para la sociedad global, en términos culturales, económicos, políticos y hasta de seguridad interna para los Estados de acogida pero también una responsabilidad internacional para los Estados devastados por la guerra en lo atinente a la reconstrucción de estas naciones y la reinserción de poblaciones enteras en sus territorios de origen.

Son destacables en este orden de incertidumbre que generan los actuales procesos migratorios masivos forzados, las afirmaciones de Peter Maurer (Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja)[2], al afirmar que la crisis migratoria es en realidad una crisis política, y eso lleva a la reflexión de la necesidad de un Derecho ampliado capaz de abarcar contenidos políticos, más allá de las soluciones jurídicas a problemas políticos dados por el Derecho internacional público, clásico o bien por el Derecho Internacional Humanitario como derecho de emergencia o especial.

Sin embargo como bien señala el jurista italiano Sabino Cassese (2010, p. 46), se confirman nuevas formas adoptadas por el ordenamiento jurídico global, como en el caso de la Organización Mundial del Comercio, que de algún modo favorecen una visión renovada de un nuevo orden jurídico basado en relaciones horizontales y no únicamente en relaciones verticales; de forma tal que las normas que regulan dichas relaciones no se encuentran en un único cuerpo normativo rígidamente sectorizados, sino que por el contrario es posible, que existan compensaciones a través de procesos constantes de *adición y acumulación*, lo que viene a facilitar la participación y la interconexión de los interesados.

De esta forma el fenómeno de las migraciones masivas forzosas, pasa sin duda, a ser una experiencia de carácter global en lo social, respecto a la coyuntura política pero también lo que hace a la construcción jurídica global de soluciones, cuya orientación no es otra que continuar en la tarea permanente de proteger los derechos humanos y fundamentales, amenazados por nuevas experiencias de la civilización.

2 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL (CLÁSICA) DEL ESTADO EN EL CONTEXTO SOCIAL GLOBALIZADO.

2 Entrevista: "La era moderna de la migración, entrevista a Peter Maurer, Presidente de la CIRC", In: https://www.icrc.org/es/document/la-era-moderna-de-la-migracion-entrevista-peter-maurer-presidente-del-cicr. Acceso en 20.05.2016.

La responsabilidad internacional del Estado, en tanto ficción jurídica ostentando un poder soberano que radica en la nación, constituye un tema tradicional de estudio del Derecho. A pesar de ser necesaria la observación del Estado contemporáneo a la luz de los cambios actuales del Derecho y de la sociedad internacional en los procesos de globalización; no es posible soslayar en términos históricos, los rasgos iniciales del Estado, asociados a una coyuntura sociológica, aún cuando el mismo se ve actualmente expuesto a nuevas e imbricadas realidades que pueden llevar a creer que el origen ha sido superado; en concreto, si bien la ficción jurídica, denominada *Estado*, soporta toda una "construcción política de carácter instrumental", que le es inherente y la identifica, la misma no debe ser sustantivada ni aislada de su origen (García de Enterría, et al., 2001, p.29).

Esta postura es sin duda contraria a la concepción kelseniana de inexistencia de un concepto sociológico del Estado por fuera del jurídico, ya que el Estado no debe ser considerado otra cosa, que no sea "el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico", "… hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre…" (Kelsen, 1958, p.224). En esta concepción, la consideración de ciertos actos del Estado, naturalmente del individuo, son atribuidos al Estado a través de la imputación dentro de un orden normativo, específico como es el jurídico[3]; de tal forma que el Estado pasa a ser un "sujeto de imputación" desde la "personificación del orden jurídico total o parcial", debiendo ser la "validez del orden jurídico supuesta de antemano si se quiere interpretar una acción humana como acto del Estado, o imputar a éste tal acción."[4]

Ahora bien, en el concepto de Estado-nación, la responsabilidad internacional opera en tanto reconocimiento de las imputaciones realizadas al Estado en base a un orden jurídico válido, el cual se representa a través de la soberanía. Dicha soberanía caracteriza a juicio de Kelsen, el poder, al cual se sujeta el pueblo, que no es otra cosa que la validez y eficacia del orden jurídico; y más aún, "pues la soberanía únicamente puede ser la cualidad de un orden normativo, considerado como autoridad de la que emanan los diversos derechos y obligaciones".[5]

En términos de responsabilidad internacional interesa destacar el peso de la soberanía del Estado, con el fin de conocer los límites de la acción (legítima) de la comunidad internacional ante ciertos eventos que afectan los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos. Curiosamente, la realidad supera los modelos jurídicos tradicionales, sin embargo las respuestas de la comunidad internacional ante hechos de gran envergadura social continúan siendo restringidas a dichos modelos. Esto lleva a reflexionar sobre la necesidad de ampliar horizontes jurídicos más allá del concepto de Estado-nación y llevarlo al contexto global.

Las limitaciones por las que se ver restringida dicha acción comunitaria son siempre basadas en la soberanía de los Estados y el respeto que los Estados se deben dentro de la comunidad internacional, sobre todo por el deber del respeto de igualdad que existe entre ellos. Sin embargo es inadmisible desde todo punto de vista el atropello de los derechos humanos y fundamentales y sus garantías en nombre del ejercicio de la soberanía, así como es inadmisible la idea que el Estado no sea responsabilizado internacionalmente ante la omisión en sus deberes y obligaciones para con los ciudadanos.

De esta forma el constructivismo que apunta a reconsiderar espacios y conceptos del ámbito internacional de cara a las nuevas necesidades humanas, políticas y sociales permite la discusión de los actuales modelos democráticos y las barreras que la soberanía crea para la realización de un orden jurídico más justo en el contexto internacional. El constructivismo, en palabras de Nicolás Onuf (1998, p.58-78), como método para el estudio de cualquier mundo de las relaciones sociales y no como paradigma, se presenta como alternativa actualmente junto con el racionalismo constituyendo el mayor campo de debate en las relaciones internacionales (Katzenstein, 1998, p.645-685).[6]

---

3 Ídem, p. 228.
4 Ídem, p. 231.
5 Ídem, p. 302.
6 En igual sentido cabe citar otros autores en la nueva concepción sistémica del Derecho, destacando la teoría de N. Luhmann, y los estudios de Miguel Reale y Leonel Severo Rocha en Brasil, o bien los de Carlos Nino y Miguel Angel Caldani, sobre filosofía del Derecho y ética y derechos humanos e integración regional respectivamente, en Argentina, entre tantos otros. Todos ellos con variantes sobre las distintas visiones denominadas constructivistas, y el aporte que constituye la capacidad del observador de crear una realidad, en tanto es rechazado el concepto que la realidad se constituye como representación externa y ajena al sujeto observador, en la experiencia rescatada de la teoría originaria, de Jean Piaget.

3 LOS PROCESOS ACTUALES DE LAS MIGRACIONES FORZADAS Y LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

En particular uno de los casos actuales de difícil solución, respecto al alcance de la intervención de la comunidad internacional por medio entre otros instrumentos de la responsabilidad internacional, lo constituyen las migraciones forzadas, que por diversas causas, pero fundamentalmente por conflictos armados amenazan el ejercicio de los derechos fundamentales, y el más significativo derecho, que no es otro que la ruptura del lazo del ciudadano con el territorio de su país de origen, desarraigándolo de la satisfacción de sus más básicas necesidades humanas, para el desarrollo de su personalidad de forma integral. La afectación de los derechos de una población que se ve forzada al abandono del territorio de origen, pone en riesgo en el peor de los casos la supervivencia de seres humanos, la democracia interna del país que padece este proceso, y la estabilidad del resto de la comunidad que de algún modo ya sea colectiva o individualmente se ve obligado a adoptar decisiones que afecta no solo el ordenamiento jurídico sino el contexto socio-político y cultural. Si nos rendimos ante la idea de la inoperancia de la comunidad internacional, estamos ante un escenario jurídico y político del cual cabe afirmar que la democracia únicamente, "es realizable en el marco del Estado nacional", aspecto que debe ser revisado (Innerarity, 2012).

Ante esta realidad de irresponsabilidad del Estado e insuficiencia de acción de la comunidad internacional, cabe extender los límites del Derecho. Tal vez como se señala en la introducción de este trabajo la alternativa de un derecho global, ampliado en el sentido horizontal y no vertical, que posibilite la implicancia de otros *agentes*, en modelos de gobernanza multinivel (Celi, *apud* Moreno, p. 77), así como la verificación de "problemas más amplios del ámbito nacional y global en los que gana una importancia central el concepto de redes, sean formales o informales".

Cabe citar como ejemplo la experiencia de las mujeres inmigrantes y la conformación de redes sociales en el contexto iberoamericano, lo cual viene promoviendo crecientes procesos de integración y participación social, facilitando de esta forma el diseño de políticas y estrategias eficaces e incidiendo en el proceso de transformación social, política y cultural de las actuales sociedades (Mut, 2010, p. 225-226)

Una humanidad, responsabilidad compartida, nombre del informe general enviado por el Secretario de las Naciones Unidas, a la I Cumbre Mundial Humanitaria aludiendo al naturaleza global de los problemas que allí se debatieron entre los cuales figuran las migraciones forzadas, así como al carácter necesariamente global que deberán tener las soluciones, basadas en la construcción de modelos sociales y políticos responsables, por encima de la clásica responsabilidad jurídica internacional que deberá seguir vigente y para la cual deberán recrearse nuevas medidas de exigencia de la comunidad internacional, con el fin que los Estados responsables indemnicen a las víctimas de estos procesos violatorios de los derechos humanos y fundamentales.

3.1 Derecho internacional humanitario en caso conflictos.

En un contexto favorable, los migrantes pueden ser acogidos por otros Estados, a través de políticas especiales de inclusión, nacionales. Por el contrario los riesgos y amenazas a que se ven enfrentadas poblaciones enteras desafían, a la comunidad internacional a actuar con celeridad y eficiencia mediante respuestas de carácter internacional y global. La más significativa de esas respuestas globales del orden jurídico internacional, lo constituye el Derecho Internacional Humanitario, (DIH, en adelante) en coexistencia y relación con el Derecho Internacional. Esta rama del derecho debe ser ubicada en el llamado Derecho Internacional Público, derivado de tratados por medio de los cuales los Estados se obligan a respetar un "cierto mínimo humanitario", durante los conflictos armados ya sea que los mismos se lleven a cabo en forma intraestatal o en forma interestatal (Valcárcel, 2006)

Sin perjuicio que el DIH no es reciente, en su proceso de desarrollo, cabe rescatar el trabajo jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia, respecto de la elaboración de los principios fundamentales de esta disciplina jurídica, así como su relación con el Derecho Internacional general, especialmente el Derecho internacional público. La Corte Internacional de Justicia establece, tres órdenes de principios fundamentales para la interpretación y aplicación del DIH: a) los referidos a la conducción de las hostilidades; b) los referentes al trato debido a las personas que se encuentran en

poder de los adversarios, y c) los que refieren a la aplicación propiamente del denominado Derecho internacional humanitario. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia constituye la base para el desarrollo de esta disciplina y encuentra su origen en el reconocimiento de valores humanos implícitos en las diferentes culturas, de esta forma cabe hacer referencia al más básico y paradigmático concepto de *consideraciones elementales de humanidad,* del caso del Estrecho de Corfú (fallo 09.04.1949). (Chetail, 2003).

Actualmente deben reconocerse como fuentes del DIH, además del Derecho de la Haya, (o derecho de la guerra, *sensu* stricto) (Swinarski, 1990), los Convenios de Ginebra (I,II,III, IV, 1949) y sus respectivos Protocolos adicionales (I, y II, 1977), normas que no excluyen la normativa referente a la protección de los Derechos Humanos teniendo en cuenta que el DIH opera como derecho de excepción, ante causas graves como pueden ser las que empujen a poblaciones enteras a su desarraigo del territorio nacional; a lo cual cabe agregar que este Derecho requiere de garantías de su cumplimiento en el ámbito tanto nacional como internacional, lo que significa que el Estado signatario de los convenios internacionales deberá como forma de garantizar su aplicación, adoptar medidas de sanción contra grupos o sectores que dentro del territorio nacional, amenacen los derechos humanos y libertades de las personas.

En cuanto a los Convenios de Ginebra (1949), ellos son: I. Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II. Para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y los náufragos, de las fuerzas armadas en el mar; III)Relativos al trato indebido a los prisiones de guerra; IV)Relativo al trato debido a las personas civiles en tiempo de guerra.

En cuanto a los Protocolos cabe destacar el Protocolo I y el Protocolo II a los Convenios de Ginebra (1949). El Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977), y el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977), contemplan las dos situaciones antes mencionadas respecto a conflictos intraestatal e interestatales.

En lo que respecta a la responsabilidad internacional, cabe señalar que el artículo 85 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, establece las sanciones para la represión de las infracciones e infracciones graves tanto de los Convenios como del Protocolo. La consideración del carácter de infracciones graves refiere a los actos comprendidos como tales en los Convenios y cometidos contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del Protocolo según expresa, o bien contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que estén bajo el control de la Parte adversa.

Pero además son consideradas infracciones graves aquéllas definidas en el artículo 11, y que consideran a la población civil o personas civiles como objeto de ataque a través de actos violatorios de las disposiciones del Protocolo y que causen ya sea la muerte o atenten gravemente la integridad física o la salud de las personas. Entre dichos actos deben considerarse los ataques indiscriminados que afectan a la población civil o bienes de carácter civil causando muertos o heridos entre la población civil o daños considerados de carácter excesivo conforme el artículo 57, párrafo 2, a) iii. Así mismo son considerados dentro del elenco de estos actos contra obras o instalaciones contenedoras de fuerzas peligrosas y por tanto capaces de causar muertos o heridos en la población civil, o daños a bienes de carácter civil también considerados excesivos conforme la norma citada.

La indefensión es el principio también para las siguientes reglas que constituyen actos considerados infracciones graves pasibles de sanciones: hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, a una persona a sabiendas que está fuera de combate; así como el uso pérfido de los distintivos de la cruz roja o de otros signos protectores reconocidos por el Protocolo y los Convenios.

En particular con respecto a los factores determinantes y modalidades de migraciones forzadas, cabe citar las consideradas también infracciones graves y por tanto sujetas a responsabilidad internacional, como son el traslado de población civil propia de la potencia ocupante para el territorio ocupado, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, (en violación con el artículo 49 del IV Convenio).

A ello se suman otras infracciones graves no menos preocupantes como la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, prácticas inhumanas y degradantes

motivadas en la discriminación racional que ultrajen la dignidad humana y la privación del derecho a un juicio normal e imparcial, entre otras infracciones.

Ante la gravedad de estas circunstancias los Estados partes se obligan a adoptar medidas necesarias para el cese de todo tipo de infracción al Convenio y Protocolos que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. En particular cabe destacar que no existen eximentes de responsabilidad cuando la infracción fue cometida por un subordinado a sus superiores, cuando mediaba conocimientos de la infracción y conocimiento de las circunstancias, no habiendo adoptado medida factibles de impedir o reprimir la infracción (art. 86 del Protocolo).

De igual forma el Protocolo establece (art. 87) entre los deberes de los jefes militares de impedir dichas infracciones, así como la adopción de medidas en función de sus grado o responsabilidad, y el deber de reprimir y denunciar a las autoridades competentes, y adoptar las acciones disciplinarias o penal necesaria para sancionar los autores de las violaciones, en el caso de subordinados.

Con respecto a la necesaria asistencia mutua judicial en materia penal se prevé la misma entre las Partes contratantes, y para el caso de infracciones graves, de los Convenios o del Protocolo, debiendo cooperar en materia de extradición, debiendo en caso de violaciones graves a los Convenios o al Protocolo, comprometerse a cooperar conjunta o separadamente con las Naciones Unidas para actuar de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. (Artículos 88 y 89).

En cuanto a aspectos institucionales, se crea una Comisión Internacional de Encuesta (art. 90) integrada por 15 miembros de alta reputación moral y reconocida imparcialidad con el fin de proceder a la investigación de hechos alegados y vinculados a las infracciones graves mencionadas, establecer pruebas y darlas a conocer a las Partes contratantes, entre otras cosas, y de forma tal de facilitar la responsabilidad y la aplicación de sanciones, prevista en el artículo 91, a la cual estarán sujetas las Partes en conflicto que violaren las disposiciones de los Convenios y del Protocolos, que implicará la obligación de indemnizar si hubiere lugar, incluyendo las infracciones derivadas de las personas que formen sus fuerzas armadas.

Cabe señalar que en términos de responsabilidad los Convenios de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949), adopta una serie de medidas tanto para las situaciones de guerra como conflicto, ocupación total o parcial del territorio aunque no se esté ante una estado de guerra, reconocido.

El convenio prescribe una serie de obligaciones para los Estados partes, cuando el conflicto no sea de carácter internacional y se centre en el territorio de uno de ellos, debiendo adoptar como mínimo una serie de medidas previstas con el fin de garantizar la dignidad de las personas, evitar causas de sufrimientos personales, en sus derechos y bienes. De tal forma, se prohíben ciertas prácticas, como la toma de rehenes, tratos crueles, muerte, mutilaciones y suplicios, atentados degradantes y humillantes, condenas dictadas sin previo juicio entre otras formas inhumanas, previéndose además la asistencia a enfermos y heridos. Las personas protegidas son aquéllas que se encuentren en cualquier forma en una Parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditos, y el Convenio protege a la población en general contra ciertos efectos de la guerra.

Por su parte el Estatuto de las personas protegidas (Título III del Convenio) prevé el derecho de protección de todas las personas en su honor, “sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados”, recibiendo las mujeres un especial trato con respecto a su dignidad y especialmente protegidas contra la violación de sus derechos, como en supuestos de prostitución forzada y todo atentado a su pudor.

El Convenio también prevé el estatuto del refugiado como protección de las personas y sus derechos (art. 45) y la prohibición para la potencia detenedora de tratamiento de dichas personas como extranjeros enemigos, así como el traslado de las mismas, el que está prohibido sea a una potencia no parte del Convenio, garantizándoles en caso de detención el acceso a la justicia.

En el caso de territorios ocupados, el Convenio previó en el art. 47, la no privación a las personas que se encuentren en ellos de los beneficios previstos en el instrumento, habiendo previsto casos especiales de repatriación (art. 48) para el caso que las personas no sean súbditos de la Potencia cuyo territorio está ocupado.

3.2 Prohibición de migraciones forzosas por conflictos.

La prohibición de las migraciones forzosas masivas o individuales, se encuentran prohibidas en el Artículo 49, bajo la denominación de "traslados en masa o individuales, de índole forzosa", así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado llevadas al territorio de la potencia ocupante, o bien a cualquier otro país, sea o no ocupado, bajo cualquier motivo. Sin embargo se permite a la potencia ocupante la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares.

Es evidente que este tipo de autorización legal, debe ser observada por la comunidad internacional, ya que es terreno fértil para excesos en la aplicación de la norma, pues si bien la norma aclara el ámbito de aplicación de la norma expresando que el desplazamiento no podrá exceder el interior del territorio ocupado, el grado de hostilidades será el factor determinante, al igual que el cumplimiento de la previsión del retorno de la población evacuada a sus hogares, lo cual en la mayoría de los casos resulta en sí mismo una violación, si se tiene en cuenta que habiendo mediado un conflicto armado, los territorios no están en condiciones de ser habitados con el fin de restablecer la vida normal de la población, algo que también está previsto en la norma cuando refiere a la "imposibilidad material", que puede contribuir de hecho al incumplimiento de la norma sin responsabilidad alguna aparente pues operaría, en algún modo exonerando a la Potencia ocupante.

Sobre las modalidades de traslado y evacuaciones se le exige a la Potencia ocupante "que en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, y que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia", todo lo cual en los hechos deja bastante que desear. Sin perjuicio de ello recae el deber de información a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto como tengan lugar. Queda prohibida la retención por parte de la Potencia ocupante personas protegidas en una región con excepciones: peligros de guerra, seguridad de la población o imperiosas razones militares que así lo requieran.

En lo que constituye el estatuto del migrante forzado por causa de conflictos, cabe destacar algunos deberes en particular sobre los sectores más débiles de la población civil como son los niños, quedando obligada la Potencia ocupante a facilitar establecimientos dedicados a la asistencia y a la educación de los niños, garantizando la identificación de ellos mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias y el registro de su filiación, no pudiendo modificar el estatuto personal ni alistarlos en formaciones u organizaciones dependientes. Por otra parte se intenta restablecer, los vínculos de niños huérfanos o separados de sus padres.

Quienes también gozan de medidas preferenciales además de los niños menores de quince años son las mujeres encintas y madres de niños menores de siete años en relación a la nutrición, asistencia médica y protección contra los efectos de la guerra, conforme lo dispuesto en el artículo 50.

Las personas protegidas lo están respecto a la prohibición de ser forzadas a servir a las fuerzas armadas o auxiliares de la Potencia ocupante. Así como tampoco se admite la obligación de trabajar a dichas personas a menos que tengan dieciocho años y únicamente en servicios de interés público. Los trabajadores gozan de protección garantizándoles en la medida de lo posible el restablecimiento en su trabajo habitual conforme las capacidades físicas e intelectuales, no admitiéndose ningún tipo de contrato, acuerdo o reglamento violatorio de tales garantías.

En cuanto a las garantías de bienes materiales queda prohibido a la Potencia ocupante destruir" bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas."

En la mayoría de los casos, los derechos fundamentales garantizados en este Convenio en los hechos no son cumplidos, más allá de la observación de las fuerzas de paz de las Naciones Unidas, y de otras organizaciones. Está claro que en dichos supuestos es necesario se actualice el instituto de la responsabilidad internacional. Por el contrario la no responsabilidad de las Potencias ocupantes, indirectamente traslada la responsabilidad por dichas poblaciones y su inclusión social fuera de sus contextos y territorios de origen a terceros países.

Estas terceras naciones no solamente son receptoras de los resultados de la violación de estatutos del Derecho internacional público y en particular también del Derecho Internacional Humanitario, sin recibir a cambio apoyo suficiente y necesario para enfrentar los apoyos a estas poblaciones desplazadas forzosamente y su inserción y desarrollo social como correspondería.

4 CONSIDERACIONES FINALES

Una de las graves crisis sociales a escala global, lo representan los actuales conflictos, y otras causas sociales y naturales, que provocan el desplazamiento forzoso de poblaciones de un territorio a otro, constituyendo las migraciones como uno de los fenómenos que más gravemente afecta los derechos humanos y fundamentales.

Los Estados lejos de estar preparados y mantener una actitud de apertura a estos fenómenos, intentan resguardarse en sus propias limitaciones, prerrogativas, y dificultades de orden social, cultural, económica y política. Si bien existe en el marco del Derecho Internacional Público, clásico, normativa orientada a la prevención y mitigación de los efectos dañinos de algunas de las causas de estos procesos migratorios, los mismos están lejos de ser cumplidos, principalmente en aquéllos casos de guerra y conflictos armados, ya sea interestatales o intraestatales.

En todo caso las Naciones Unidas, continúa siendo el mejor de los ámbito para la resolución pacífica de ciertas controversias, pero por sobre todo ha de reafirmarse las competencias de los tribunales internacionales y regionales, para llevar adelante sanciones a los Estados incumplidores.

En efecto la política está sobreponiéndose duramente al Derecho vulnerando; la regla de que éste se coloca por encima de aquélla, "aspecto de capital importancia en el modelo de Estado de Derecho, es un baluarte de la autonomía institucional, y la disyunción entre la voluntad política y la sentencia judicial." (Nonet, Selznick, 2010, p.104)

Si bien la responsabilidad del Estado en el derecho internacional, por hecho ilícito continúa siendo la regla, exigiéndose las dos condiciones necesarias para la obligación de reparar como son la la ilicitud del hecho generador, y el daño, el hecho ilícito puede ser la violación de una norma debido a la omisión de una conducta omisa de carácter internacional (Conseil d'Etat, 2006, p. 148), teniendo en cuenta que los valores que están en riesgos son nada menos que los derechos humanos y fundamentales de personas, extremamente vulnerables, son necesarias acciones preventivas. En dicho orden es donde una relectura de las relaciones internacionales y nuevas construcciones del Derecho, ampliadas tienen cabida, en base a modelos jurídicos horizontales, que escapen a las exigencias de los tradicionales modelos de la responsabilidad internacional clásica sin que ello implique su prescindencia a la hora de sancionar omisiones de los Estados en la observancia del Derecho Internacional Humanitario.

CANOAS-RS

REFERENCIAS

CASSESE Sabino, El Derecho Global, Justicia y Democracia más allá del Estado. Sevilla, Global Law Press, 2010.

CELI Alina, Cambio tecnológico, riesgos ambientales asociados y una perspectiva jurídica (global) sustentable, In: Derecho Global y Tecnología (Coord. Celi A.) Montevideo, Universidad de Montevideo.

CETAYL Vincent, La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario, Revista Internacional de la Cruz Roja. In: Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm. Acceso en 05. 04.2016.

CONSEIL D'ETAT, Responsabilidade e Socializacao do Risco, Brasilia, UniCEUB, Conseil d'Etat, Alfa EU, 2006.

GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, FERNANDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, 10ª.ed., Madrid, CIVITAS, 2001.
INNERARITY Daniel, De la gobernanza global a la responsabilidad, Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.100, Diciembre 2012, p. 11-23 (ISSN:1133-6595 – E-ISSN:2013-035X – www.cidob.org). Acceso en 20.05.2016.

KATZENSTEIN, Peter J., KEOHANE Robert, KRASNER Stephen D., International Organization, Vol. 52, No. 4, International Organization at Fifty: Exploration and Contestation in the Study of World Politics, The MIT PressStable, 1998, In: http://www.jstor.org/stable/2601354 . Acceso en 10.03.2016.

KELSEN Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, (Trad., García Maynez, Eduardo), 2da. ed, México D.F., Imprenta Universitaria, 1958.

MUT MONTALVÁ Elena, Mujeres inmigrantes y redes sociales: Aproximación al caso Iberoamericano, In: Migraciones andinas, género y codesarrollo: visiones desde el norte y el sur", (Coord., Vicente J. Benito Gil), Alicante, ECU, 2010.

NONET Philippe, SELZNICK Philip, Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo, Rio de Janeiro, Editora Revan Ltda., 2010.

ONUF Nicolas, Constructivism: A User's Manual, In: International Relations in a Constructed World, edited by Vendulka Kubálková, Nicholas Onuf and Paul Kowert. Armonk NY: M. E. Sharpe.1998, pp.58-78.

SWINARSKI, Christophe, Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana, 1a.ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1990.

VALCÁRCEL TORRES Juan Manuel, Responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones al Derecho Internacional Humanitario, In: Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 18, julio-diciembre, 2006, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, pp. 237-257. (ISSN: 0121-182X), In: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601812. Acceso en 10.03.2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – BIODIREITO, TECNOLOGIA E PROTEÇÃO DE SAÚDE

CANOAS, 2016.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO COMO ALTERNATIVA À VIA ESTATAL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO DA CATEGORIA BANCÁRIA 2014/2015

Sâmela Cristina de Souza[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivos analisar os obstáculos a efetivação do direito a saúde pelo Estado; analisar a negociação coletiva no direito do trabalho como possibilidade para a efetivação do direito a saúde relacionado ao trabalho; identificar o conceito de saúde presente na convenção coletiva de trabalho da categoria bancária 2014/2015; e analisar as clausulas da convenção coletiva de trabalho da categoria bancária 2014/2015 no que diz respeito a efetivação do direito a saúde, identificando os pontos positivos e as possibilidades negativas de precarização do trabalho. Para tanto, foi realizada uma análise teórica para permitir a identificação dos conceitos de saúde e de negociação coletiva. Posteriormente realizou-se uma análise prática das negociações coletivas do trabalho e sua relação com o direito social à saúde por meio da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria dos Bancários no período de 2015. Com base na metodologia adotada chegou-se as seguintes conclusões: a negociação coletiva se apresenta como alternativa a via estatal para efetivação do direito social à saúde, mas a maneira que ela é exercida atualmente tem servido como forma de precarização da relação de trabalho e não como instrumento de fortalecimento dos direitos sociais. Isso porque há um enfraquecimento da representação coletiva por meio dos sindicatos tendo em vista a cooptação do mesmo pelo capital e pelo poder público. Ainda assim é preciso dar autonomia as partes para que realizem a negociação coletiva. Trata-se de um processo complexo de democracia que se aperfeiçoará com a prática. Retirar a autonomia das partes é colocar o Estado seja na figura do juiz como responsável pela concretização desses direitos é uma solução provisória que não ensinará a sociedade a reagir autonomamente e com o sentido de coletividade.

PALAVRAS CHAVE: Negociação coletiva. direito do trabalho. direito à saúde. efetivação de direitos fundamentais. via não estatal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a necessidade de pensar a efetivação do direito social ao trabalho por vias não estatais, uma vez que esta adere problemas relacionados a crise do próprio estado e não é capaz de proporcionar autonomia aos trabalhadores.

A negociação coletiva no direito do trabalho é identificada como possibilidade para a efetivação do direito a saúde relacionado ao trabalho, sendo o direito a saúde compreendido a partir da noção de saúde e não da idéia de doença e de suas possibilidades materiais de tratamento.

A resposta ao problema proposto é feita inicialmente através de uma análise teórica permitindo uma base para a análise prática realizada da Convenção Coletiva de Trabalho dos Bancários de 2015/2016. O objetivo da análise prática é identificar como o direito a saúde tem sido efetivado nas negociações coletivas de trabalho e quais os aspectos positivos e negativos dessa efetivação. O conhecimento teórico inicialmente trabalhado relacionado ao direito social a saúde e a negociação coletiva são relacionados com os resultados obtidos na pesquisa a fim de propiciar o pensar do problema proposto.

O primeiro capítulo pretende compreender as noções de saúde e identificar a que melhor se aplica ao que se objetiva garantir com o direito social à saúde. Discute-se a noção do direito a saúde como direito a prestações de serviços, como ausência de doença e como perfeito bem estar físico, mental

1 Mestranda em direitos e garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. Email: samela.cristinadesouza@gmail.com.

e social e, optou-se pela compreensão de saúde defendida por Naomar de Almeida Filho que entende a saúde como uma integralidade, pois são infinitos os modos de estar sadio e de propiciar a saúde alheia.

No segundo capítulo pretendeu-se mostrar os obstáculos a efetivação dessa saúde compreendida no primeiro capítulo pelo Estado. Em razão desses obstáculos é proposto pensar na efetivação dos direitos sociais por uma via não estatal. O terceiro capítulo apresenta a negociação coletiva no direito do trabalho como essa alternativa à prestação dos direitos fundamentais pelo Estado e à judicialização. Apresenta-se a negociação como alternativa identificando suas possibilidades, mas também são identificados seus limites e suas dificuldades que refletem na precarização dos direitos dos trabalhadores. Nesse aspecto apresenta-se uma crítica a atuação sindical e a relação dos trabalhadores distante com a negociação coletiva.

Dado o suporte teórico necessário, no quarto capítulo parte-se para análise das cláusulas relacionadas à saúde do acordo coletivo de trabalho da categoria bancária referente a 2014/2015, buscando identificar o conceito de saúde adotado.

2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A SAÚDE QUE SE PRETENDE GARANTIR

A negociação coletiva se apresenta como instrumento, bem como a via estatal o é. Mas, mais importante que o instrumento em si é a finalidade a que ele se propõe. Por isso, há necessidade de um aprofundamento no direito material que se pretende efetivar. No caso em análise optou-se pelo estudo da efetivação dos direitos sociais e, mais especificamente o direito social à saúde.

O direito social á saúde encontra-se positivado no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira que estabelece a saúde como direito social, juntamente com a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Esses direitos possuem uma finalidade comum de assegurar ao indivíduo, mediante prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna. (SARLET , 2004, p. 309)

Deduz-se da Constituição Brasileira o reconhecimento da saúde como um direito subjetivo individual a prestações materiais, o que segundo Ingo Sarlet independe do paradigma estatal adotado (se social ou não), pois decorre de valores essenciais a humanidade e a justiça. (SARLET, 2004, p.309)

Esse direito subjetivo individual a prestações materiais relacionados aos direitos sociais conseqüentemente exige uma atuação positiva do Estado para a sua realização, porém como na Constituição não há uma definição do que se entende por saúde em que sentido deve ser essa atuação?

Ingo Sarlet entende que o direito à saúde encontra-se umbilicalmente atrelado ao direito à vida e a integridade física (corporal e psicológica). Também lembra a saúde como um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentando-se "zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas", como é o caso do trabalho, moradia, privacidade e integridade. (SARLET, 2004, p.323)

Essa preocupação de definição do direito social à saúde é reflexo de uma preocupação com os limites do Estado na efetivação desses direitos. Isso porque a demanda nessa área é ampla e é preciso que haja uma isonomia na prestação dentro dos limites estatais. Ocorre que essa limitação do Estado na prestação desses direitos não pode limitar o conteúdo desses direitos. O direito à saúde deve também ser prestado pela família, pelos empregadores e essa limitação do Estado não se aplica a eles, suas limitações são diferentes. O problema de limitar o direito à saúde a uma possibilidade estatal e prestação está nessa possível redução desnecessária dos direitos.

Por isso, é possível repensar esse conceito a partir da idéia de saúde. O direito a saúde deve ser compreendido a partir da idéia de saúde, e não a partir do que é possível o Estado prestar.

Um conceito sintomático e possível, ao menos inicialmente, de saúde seria o de ausência de doença, afinal saudável é aquele que não possui doença. Segundo Naomar de Almeida Filho as primeiras

tentativas sistemáticas de construir teoricamente o conceito de Saúde, ainda na década de 70, partiram da noção de saúde como ausência de doença. (ALMEIDA FILHO, 2016) Seria esse então o sentido de direito social á saúde? O direito social a saúde compreende apenas o direito de não ter doença?

Outro conceito possível de saúde é o da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 que compreende a saúde como perfeito bem estar físico mental e social. Ocorre que esse conceito de saúde é passível de críticas uma vez que se apresenta de forma utópica como se fosse possível uma sensação perene de satisfação. Há também crítica a esse conceito em razão de estabelecer distinção entre físico, mental e social. (SECRE e FERRAZ, 1997)

Esse perfeito bem estar não é nem possível e tão pouco desejável. Macro Segre e Flávio Carvalho Ferraz lembram que a angústia, podendo esta ter repercussão somática maior ou menor, como um cólon irritativo ou uma gastrite, configura situação habitual, inerente à condição de ser humano (SECRE e FERRAZ, 1997). Exigir a perfeição de bem estar é algo desumano que inclusive pode justificar a medicalização da vida, uma vez que situações corriqueiras passam a ser tratadas como problemas, doenças que devem ser tratados para que a pessoa seja sadia.

Por isso, prefere-se neste trabalho utilizar a noção, e não conceito, de saúde defendida por Naomar de Almeida Filho que entende a saúde como uma integralidade, pois são infinitos os modos de estar sadio e de propiciar a saúde alheia. Entende-se por saúde não o perfeito bem estar, mas o equilíbrio no movimento, na instabilidade, o saber lidar com as transformações e isto inclui dor e sofrimentos. (ALMEIDA FILHO, 2016)

Nesse sentido Naomar de Almeida Filho (ALMEIDA FILHO, 2016) explica que:

> [...] uma primeira aproximação ao problema da definição teórica da Saúde mostra que não se pode falar da saúde no singular, e sim de várias "saúdes", a depender dos níveis de complexidade e dos planos de emergência considerados. Nesta etapa ainda preliminar de exploração e formulação teórica, não há dúvidas de que se deve construir uma nova família de objetos. Objetos-modelos que não se definem pelos seus componentes, princípios funcionais e dimensões, que não se mostram vulneráveis a processos de produção de conhecimento pela via da fragmentação. Portanto objetos infensos a processos analíticos convencionais, marcados pelo que se denomina de arquitetura da complexidade.

Segundo esse mesmo autor para efetivamente realizar a promoção da saúde, objetivo do direito social à saúde, precisamos de um construto teórico específico para designar a Saúde no referencial da complexidade. Isso implica construir um objeto-modelo positivo de conhecimento e de intervenção e não um objeto negativo, mero resíduo conceitual de modos de explicação da vida biológica e social que se baseiam em seu inverso lógico. A idéia de saúde como não doença- objeto negativo- seria insuficiente para dar conta dos processos e fenômenos referidos à vida, saúde, doença, sofrimento e morte, apesar de conceitualmente confortável e metodologicamente viável. É preciso superar essa antinomia entre saúde e doença herdada do modelo biomédico tradicional. (ALMEIDA FILHO, 2016)

Naomar de Almeida Filho (ALMEIDA FILHO, 2016) apresenta para a compreensão da saúde uma possibilidade:

> [...] a incorporação da diversidade de formas concretas de expressão da Saúde, nos distintos planos de emergência, como por exemplo, a noção de 'bem-estar' no plano individual, 'qualidade de vida' no plano microssocial e 'situação de saúde' no plano coletivo mais amplo. Os objetos da Saúde, portanto são polissêmicos, plurais, multifacetados. Constituem modelos capazes de transitar por instâncias e domínios que compõem o território intelectual e tecnológico que tem sido chamado de campo da saúde, tema da próxima seção

É com esse objetivo de superação da idéia de saúde como antinomia de doença e com base na compreensão da infinitude dos modos de saúde propõe-se analisar o direito social à saúde a partir dessa complexidade e a negociação coletiva como um meio de proporcionar possíveis modos de saúde relacionados a relação de trabalho.

Escolheu-se o olhar a saúde a partir de sua relação com o trabalho. É verdade que essa ótica da saúde e trabalho normalmente é encarada a partir da redução de riscos físicos presentes no local de trabalho. A proposta desse trabalho, porém, tendo em vista a idéia de saúde analisada objetiva examinar o potencial da negociação coletiva de efetivação da saúde do trabalhador tendo em vista a sua potencialidade de ensinar os trabalhadores a lidar com dificuldade e superá-las. Propõe- se a identificação das cláusulas relacionadas a saúde no sentido de um equilíbrio na instabilidade.

3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO ESTADO E SEUS OBSTÁCULOS- É POSSÍVEL FALAR EM UMA VIA NÃO ESTATAL?

Com o advento do Estado Social os ordenamentos jurídicos passam a permitir que o indivíduo possa exigir do Estado, além do dever de abstenção nos seus direitos de primeira dimensão, uma atuação positiva, a fim de assegurar diretamente a realização de um direito de segunda dimensão. Vale dizer, o Estado Social passa a promover, diretamente, prestações de serviços, por meio de políticas públicas, para a realização de direitos, como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao lazer, à cultura etc. Os direitos sociais, portanto, passam a ser exigíveis perante os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário. (BEZERRA LEITE, 2016).

Na tentativa de implementação dos direitos sociais deve se levar em conta as transformações das relações socioeconômicas e seus corolários e o embate dialético entre inclusão e exclusão, negação e afirmação, concretização e desconstrução. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p.15-23) Por isso, apesar do reconhecimento dos direitos sociais e da imposição da prestação dos mesmos pelo Estado é possível identificar obstáculos a efetivação desses direitos.

José Luis Bolzan identifica o que chama de "crises do Estado", dentre elas a crise estrutural diz respeito à evolução do modelo de Estado de Bem- Estar Social e as barreiras que enfrenta para a sua permanência. Para o autor, os entraves são de três ordens distintas: fiscal-financeiro, ideológico e filosófico. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p.19)

Esses obstáculos pelo autor identificados demonstram que não basta declarar direitos e definir que cabe ao Estado sua efetivação, pois essa efetivação terá entraves que perpassam a codificação. Não se deve ignorar, porém a importância das lutas pela conquista de uma garantia ou promoção das questões sociais.

Com o Estado Democrático de Direito alia-se à questão social um caráter transformador, um conteúdo utópico de transformação do *status quo*, o que não o isenta de crises. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p.41)

Os aspectos da crise estrutural do Estado Social identificados por José Luis Bolzan podem ser encarados como obstáculos a concretização dos direitos sociais pela via estatal. O aspecto fiscal-financeiro é o motivo das maiores críticas ao Estado social e à concretização dos direitos sociais.

Quanto maior as atribuições dadas ao Estado maior será a necessidade de uma máquina pública capaz de atender. Essa máquina pública tem um custo. A concretização dos fins da Constituição dependem de um custo. Promover direitos sociais como, saúde, educação geram custo. Esse custo dependerá de receita e deve ser previsto no orçamento. O problema é quando o orçamento é visto separado desses objetivos. Ele deve ser tido como instrumento e não como um fim em si mesmo.

Essa crítica pode ser comparada a que se faz ao processo civil e aos processualistas que se importam de tal maneira com o processo que deixam de satisfazer o direito material. É de certa forma isso que tem acontecido com a Constituição, ela tem sido o direito material esquecido nessa história.

Além disso, o fundo público tem servido com o objetivo de garantir a remuneração do próprio capital. Para exemplificar: os serviços públicos têm sido transmitidos aos particulares por meio de "publicização" a fim de por trás de um discurso de eficiência permitir a manutenção do capital pelo setor privado. Nesse contexto pode se lembrar dos Contratos de Gestão em Saúde, do pagamento de planos privados de saúde para servidores.

Essa crise se agrava em países como o Brasil porque diante da insuficiência de recursos quando o financiamento público serve ao capital, garantindo a atração de investimentos privados, ele deixa de servir os direitos sociais e os serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida.

Diante disso, segundo Bercovici a implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado. A constituição de 1988 foi, deste modo, "blindada". (BERCOVICI, 2006)

Outro aspecto de crítica ao Estado Social e consequentemente obstáculo a concretização dos direitos sociais é ideológico, trata-se de entrave democrático à gestão do estado. O controle burocrático e tecnicista impede que a democracia seja exercida na gestão estatal.

Esse aspecto de empecilho a efetivação dos direitos sociais traz como reflexos a reforma do estado. Há necessidade de se repensar mecanismos de participação e de autonomização social e os modelos de gestão das estruturas e serviços sociais.

Apresenta-se também como aspecto da crise estrutural do Estado Social a crise filosófica. Essa crise atinge princípio fundamental do Estado social- a solidariedade, enfraquecendo os direitos sociais e as políticas públicas a eles inerentes. A base de pessoal do Estado Social que deveria se compor de pessoas compromissadas coletivamente passa a se compor a partir das Reformas do Estado por indivíduos tidos como clientes. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p.48)

Além dos problemas da crise do Estado como obstáculo a efetivação dos direitos sociais a judicialização das políticas públicas tem servido como fator agravador da crise financeira. Esse problema tem se intensificado na área da saúde por se tratar de direito emergente. O problema é que nem todas as pessoas tem a cesso ao judiciário e o que inicialmente pode parecer a efetivação de um direito é possível que deixe de efetivá-los.

Além disso, a resolução de problemas relacionados aos direitos sociais por meio de judicialização dificulta uma ação mais incisiva das partes para a tomada de uma decisão negociada. Muitas vezes a tomada da decisão relacionada a problemas como o direito a saúde se dá por um magistrado sem formação na área da saúde e sem que sejam consultados profissionais da área. A questão não é que os magistrados devem ter perícia em todas as áreas que irão julgar, mas não é desejável que essas questões sejam julgadas sem o conhecimento de um perito.

Observa-se, portanto, que a efetivação dos direitos sociais pelo Estado apresenta sérios problemas que nos permitem um repensar dos atores efetivadores desses direitos. É possível, diante disso, pensar em atores que não sejam o Estado como efetivadores dos direitos sociais. No caso específico do direito social à saúde dos trabalhadores a via da negociação coletiva do trabalho se apresenta como alternativa a via estatal se isentando dos problemas relacionados a crise do Estado e de problemas relacionados a decisões heterônomas.

Pensar em alternativa à via estatal na efetivação dos direitos sociais é imaginar formas de efetivação desses direitos imunes aos problemas fiscais financeiros, o que não significa que essas alternativas serão imunes a qualquer tipo de problema, aprensentando-se apenas com aspectos positivos. A negociação coletiva no âmbito trabalhista como será visto adiante possui capacidades de efetivação e garantia de direitos sociais acima das possibilidades que ao judiciário compete garantir. Porém, mesmo nesse instrumento é possível identificar alguns problemas, frutos do modelo institucionalizado adotado e da flexibilização negativa que podem gerar que serão melhor trabalhados adiante

UNILASALLE CANOAS-RS

4 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO PARA UMA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho define a "negociação coletiva" como todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez. (OIT, 2016)

A negociação coletiva se apresenta como alternativa a via estatal para a solução de conflitos oriundos da relação trabalhista. Trata-se de instrumento de autocomposição, pois propõe a solução de um conflito pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes que não são os participantes do conflito no processo de pacificação da controvérsia.

O direito trabalhista brasileiro tem forte influencia do modelo justrabalhista autoritário, observa-se que a minuciosa legislação trabalhista procura se antecipar as alternativas jurídicas que poderiam privadamente ser estabelecidas e com isso sufocam a negociação coletiva. A elaboração estatal do Direito do Trabalho consubstancia um processo de restringida participação da sociedade civil e cria uma dinâmica cujas linhas mestras se caracterizam por assegurar o contínuo impedimento a essa participação. (DELGADO, 2004, p.1089)

Nesse sentido afirma Maurício Godinho (DELGADO, 2004, p.41), que:

> Tais experiências vieram forjar um sistema básico de elaboração e reprodução de normas justrabalhistas, cujo núcleo fundamental se situava no aparelho de Estado. O conflito privado — pressuposto da negociação e foco da criação justrabalhista — era negado ou rejeitado pelo Estado, que não admitia seus desdobramentos autônomos, nem lhe construía formas institucionais de processamento. Os canais eventualmente abertos pelo Estado tinham o efeito de funcionar, no máximo, como canais de sugestões e pressões controladas, dirigidas a uma vontade normativa superior, distanciada de tais pressões e sugestões.

Com base no pretexto de que os trabalhadores são a parte mais frágil da relação trabalhista e em razão da preservação da igualdade deveriam ser protegidos pelo Estado retira-se desses trabalhadores autonomia e o poder de se unir coletivamente para solucionar seus problemas, afinal o pai Estado estaria ali para solucioná-los sempre que precisassem.

A crítica ao modelo justrabalhista autoritário e a presença forte do Estado impedindo a organização coletiva dos trabalhadores sufocando seus movimentos sociais não permite a conclusão de que a alternativa democratizante de normatização trabalhista suponha um frontal e absoluto afastamento do Estado perante a dinâmica do Direito Laboral. (DELGADO, 2004, p.1090) Haverá a necessidade de que o Estado esteja presente para verificar a adequação da representatividade e autonomia na negociação coletiva. A atuação do Estado é possível e de em alguns casos até necessária, o que não pode se permitir é que essa atuação estatal esterilize a organização privada coletiva ou inviabilize a auto-organização coletiva dos trabalhadores e a autoadministração dos conflitos que resultam de sua atuação coletiva.

É possível perceber que a negociação coletiva se apresenta como um instrumento possível para a aquisição de direitos, mas também permite a flexibilização destes. Principalmente a partir da Constituição de 1988 essa flexibilização tornou-se possível se realizada pelo sindicato representante da categoria. Maurício Godinho entende que essa flexibilização não se trata de renúncia ou redução de direitos, mas uma adequação setorial. (DELGADO, 2004,p.431)

A questão é que a negociação coletiva tem como pressuposto para seu bom funcionamento a atuação coletiva. O trabalhador sozinho não tem força frente ao empregador para negociar. Mas, é essa atuação coletiva que torna possível a negociação e a aquisição de direitos por meio dos trabalhadores. O problema é que atualmente tem- se uma crise dessa representatividade. Segundo Aldacy Rachid Coutinho atualmente os sindicatos são tidos como vulneráveis e destituídos de instrumentos de exercício de poder, pelo que abririam as portas até mesmo para um retrocesso social nas conquistas históricas da classe trabalhadora, fruto de séculos de luta. (COUTINHO, 2008, p.15)

Nesse sentido afirma Aldacy Rachid. (COUTINHO, 2008, p.15)

> [...] De "sindicato de porta de fábrica", conflitivo, se transforma em "sindicato de colaboração", negociador, apresentando-se como agente de novas práticas sociais, não mais decorrentes e vinculadas à agitação dos movimentos reivindicatórios e de embate, mas promotor de um diálogo com o capital para a "cidadania trabalhadora". [...] Se traduz em um novo perfil, agora de sindicalismo "de resultados", mediante "parceria" para atuação no jogo do mercado, com o objetivo de colaborar para o seu livre funcionamento, com maior eficácia na competitividade das empresas brasileiras.

Observa-se, portanto a modificação do perfil sindical tendo em vista a influencia neoliberal perde-se a capacidade de resistência sindical e a negociação coletiva que deveria ser instrumento de resolução de controvérsias gerando normas mais adequadas à categoria passa a ser instrumento de precarização dos direitos.

Os trabalhadores perderam o referencial de luta nos sindicatos, e isso se dá pelas negociações obtidas que não tem sido muito proveitosas e por perceberem que os representantes dos sindicatos foram cooptados pelo interesse do capital e por seus próprios interesses e não mais defendem os interesses da coletividade dos trabalhadores.

A título de exemplo, em uma das Assembléias dos bancários para a votação pelo fim da greve, o próprio sindicato dos bancários do Espírito Santo pressionava os presentes a aceitarem o reajusto proposto e acabarem com a greve. Ainda que o reajuste proposto pela categoria empresarial não fosse o reivindicado pelo sindicato na Pauta de negociações. Alegavam que o momento atual do Brasil é de crise e que seria melhor que os trabalhadores se contentarem com aquele percentual e parassem a greve. Ora, por alguns momentos quis perguntar a quem eles representavam, a classe empresarial ou aos empregados que ali estavam? Essas situações desestimulam os trabalhadores a participarem do processo de negociação coletiva, que acaba sendo conduzido pelo próprio Sindicato sem interferência dos trabalhadores.

Essa questão não se resolve pelo direito. Os instrumentos legais de participação estão postos, ainda que possa ser discutível se são adequados, os direitos sociais também estão positivados, porém a necessidade de participação da classe trabalhadora nesse processo não encontra resposta no direito. É preciso repensar como esse processo deve ser influenciado, ainda que essa precarização ocorra pela negociação parece ser a única maneira de acordar a classe que uma vez já lutou pelos seus direitos e mais uma vez precisa se levantar e participar desse processo.

Ainda que a flexibilização seja uma possibilidade e qua a precarização dos direitos dos trabalhadores esteja ocorrendo por meio da negociação coletiva as possibilidades da negociação coletiva como instrumento emancipatório e democrático devem ser consideradas. A maneira que essa negociação ocorre pode ser repensada, a representatividade pelos sindicatos também, porém o retrocesso a um modelo justrabalhista autoritário não pode ocorrer. Não se pode pensar no Estado, ainda que seja Juiz como um protetor da sociedade e a população como incapaz que necessita de alguém para falar por ela e resolver os seus problemas.

É nesse sentido, entendendo as possibilidades positivas e negativas da negociação coletiva e procurando analisar seu potencial para a concretização do direito social à saúde que serão analisados a

Pauta de Reivindicações da Categoria Bancária e o Contrato Coletivo de Trabalho da Categoria 2015/2016.

5 ANÁLISE DA GREVE DOS BANCÁRIOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

5.1 Metodologia da Pesquisa

O objetivo desse trabalho é apresentar outros meios a efetivação dos direitos sociais que superem os problemas da crise financeira do Estado e da Judicialização das políticas públicas. Pensar além do Estado e do Judiciário é regular o foco e trazer para a cena os reais atores da comunidade. O questionamento que se pretende responder nesse trabalho é: A negociação coletiva no direito do trabalho se apresenta nesse cenário como oportunidade de implementação de direitos sociais, como forma de dar voz a essas lutas sociais? Mais especificamente quanto ao direito social à saúde a negociação coletiva no direito do trabalho tem sido um meio de efetivação desse direito?

Além da análise teórica já realizada fez se necessário a análise prática das negociações coletivas do trabalho e sua relação com o direito social à saúde. Para tanto foi analisada a Convenção Coletiva de Trabalho para que fosse possível identificar o potencial dessas negociações de efetivação do direito à saúde e os ganhos por ela proporcionados com relação ao direito a saúde do trabalhador.

A análise da negociação coletiva e sua relação com o direito a saúde se realizou a partir de um corte metodológico temporal, categorial e espacial. O primeiro corte metodológico – temporal- delimitou o ano de análise das negociações coletivas no período de 2015. O segundo corte- categorial- delimita a categoria de trabalhadores que será analisada. Optou-se pela categoria bancários em razão de esta categoria ser histórica nas lutas por direitos por meio de negociação coletiva. O terceiro corte metodológico delimitou espacialmente a pesquisa realizada.

Foi escolhido como noção de saúde a apresentada na parte teórica deste trabalho que compreende saúde não apenas como antônimo de doença. A partir desse conceito de saúde e tendo em vista a análise do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) no estudo titulado como "A saúde do trabalhador no processo de negociação coletiva no Brasil" decidiu-se por adotar os seguintes critérios já utilizados no estudo acima mencionado: *Introdução de novas tecnologias no local de trabalho; Intensidade do trabalho; Ritmo de trabalho; Assédio moral organizacional; Assédio Sexual; Violência física no trabalho; Estresse no trabalho; Dependência Química; Qualidade de vida no trabalho e Espaços para Lazer.* (DIEEE, 2016).

5.2 Análise da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria bancários 2015/2016

As cláusulas da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria bancária 2015/2016 agrupadas no tópico saúde se referem a prevenção de riscos em acidentes de trabalho, política de AIDS, assistência medida e hospitalar do empregado dispensado sem justa causa, programa de reabilitação profissional, acidentes do trabalho, afastamento por doenças superiores a quinze dias e declaração do último dia trabalhado.

Percebe-se, portanto, que a compreensão de saúde dessa convenção é limitada a noção de saúde como antônimo de doença e ainda mais limitada no que diz respeito a relação saúde e trabalho. Identifica-se a partir da análise das cláusulas da convenção que a preocupação da saúde no trabalho se refere basicamente a prevenção de riscos físicos que o trabalho pode ocasionar, mas não se estende as questões afetas a questão social ou psicológica do trabalhador. Percebe-se, por exemplo, que a noção de estresse, assédio moral, ritmo de trabalho e qualidade de vida no trabalho não são identificados como questões afetas a saúde.

As cláusulas que tratam das condições de trabalho se encontram separadas das relacionadas à saúde. Nas cláusulas referentes as condições de trabalho é possível identificar uma preocupação com a integridade física do trabalhador apesar de esta preocupação se exteriorizar em uma monetarização da saúde e, não na prevenção. Nesse sentido estabelece a cláusula referida:

CONDIÇÕES DE TRABALHO

CLÁUSULA 30ª **INDENIZAÇÃO POR MORTE OU INCAPACIDADE DECORRENTE DE ASSALTO**

Em consequência de assalto ou ataque, consumado ou não o roubo, a qualquer de seus departamentos, a empregados ou a veículos que transportem numerário ou documentos, os bancos pagarão indenização ao empregado ou a seus dependentes legais, no caso de morte ou incapacidade permanente, na importância de **R$ 135.047,22 (cento e trinta e cinco mil, quarenta e sete reais e vinte e dois centavos).**

Parágrafo Primeiro
Enquanto o empregado estiver percebendo do INSS benefício por acidente de trabalho, decorrente do evento previsto no ***caput***, sem definição quanto à invalidez permanente, o banco complementará o benefício previdenciário até o montante do salário da ativa, inclusive o 13º salário, salvo se a complementação for paga por outra entidade, vinculada, ou não, ao banco.

Parágrafo Segundo
A indenização de que trata a presente cláusula poderá ser substituída por seguro, a critério do banco.

A 32ª Clausula estipula importante previsão para a preservação da integridade física dos trabalhadores:

d) Os dados estatísticos nacionais sobre ocorrências de assaltos e ataques, cujos roubos tenham sido consumados ou não, serão discutidos, semestralmente, até a primeira quinzena de fevereiro e até a primeira quinzena de agosto, na Comissão Bipartite de Segurança Bancária, referida na Cláusula 63ª desta Convenção.

No tópico condições de trabalho há cláusula relacionada ao assédio moral que determina a não exposição do ranking individual dos empregados.

UNILASALLE

CLÁUSULA 36ª **MONITORAMENTO DE RESULTADOS**

No monitoramento de resultados, os bancos não exporão, publicamente, o ***ranking*** individual de seus empregados.

Parágrafo Único
É vedada, ao gestor, a cobrança de cumprimento de resultados por mensagens, no telefone particular do empregado.

Outra cláusula relacionada a saúde e trabalho diz respeito ao ritmo do trabalho e determina um intervalo para descanso dos trabalhadores que exercem serviço permanente de digitação. Foram reproduzidas as recomendações contidas na Norma Regulamentadora nº 17, indicando que *"a cada 50 minutos de trabalho, 10 sejam de descanso para os trabalhadores que executam atividades sujeitas a movimentos ou esforços repetitivos dos membros superiores e coluna"*.

Com relação as estabilidades de emprego e os adicionais que tem ligação com o direito a saúde percebe-se uma repetição do que é estabelecido pela CLT. O que demonstra que as negociações coletivas precisam avançar em relação ao direito a saúde de forma que cumpram o seu papel de estabelecer normas mais adequadas a realidade dos atores do processo.

É nesse sentido também a análise do DIEESE na pesquisa "A Saúde do Trabalhador no processo de negociação coletiva no Brasil" que analisou as cláusulas das negociações coletivas entre 2010 e 2012: (DIEESE, 2016)

Apesar dos avanços conquistados nos últimos anos, as cláusulas relativas à saúde do trabalhador conquistadas nas negociações coletivas ainda são pouco desenvolvidas, muitas vezes tratando do tema de forma desarticulada, sem uma preocupação global com os fatores determinantes no processo saúde-doença. Muitas vezes, por sinal, as garantias presentes nos documentos são reproduções de garantias já

determinadas por lei. Por um lado, essa constatação demonstra o quanto ainda é preciso avançar e, ao mesmo tempo, evidencia o quanto é difícil negociar sobre este tema, dada a sua relação direta com a forma de organizar e gerir o trabalho. Ou seja, a possibilidade de intervir no processo saúde-doença está diretamente relacionada à capacidade de intervenção no trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise teórica e prática realizada é possível concluir que a negociação coletiva se apresenta como alternativa a via estatal para efetivação do direito social à saúde, mas a maneira que ela é exercida atualmente tem servido como forma de precarização da relação de trabalho e não como instrumento de fortalecimento dos direitos sociais. Isso porque há um enfraquecimento da representação coletiva por meio dos sindicatos tendo em vista a cooptação do mesmo pelo capital e pelo poder público.

Ainda assim entende-se que é preciso dar autonomia as partes para que realizem a negociação coletiva. Trata-se de um processo complexo de democracia que se aperfeiçoará com a prática. Retirar a autonomia das partes é colocar o Estado seja na figura do juiz como responsável pela concretização desses direitos é uma solução provisória que não ensinará a sociedade a reagir autonomamente e com o sentido de coletividade.

Por isso, ainda que a saúde na negociação coletiva tenha sido relegada e ainda que a visão de saúde da convenção analisada seja uma visão relacionada a doença é preciso que espaços democráticos sejam abertos para a discussão da maneira de concretização dos direitos sociais se realize de maneira coletiva.

REFERÊNCIAS

UNILASALLE CANOAS-RS

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora Ltda, 2004. P. 309.

SECRE, Marco e FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. Rev. Saúde Pública, v. 31, n.5, São Paulo. out./1997.

Ciência e Letras. O que é Saúde?. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NtuyPB6DZwA> Acesso em 12 de jan de 2016.

ALMEIDA FILHO, Naomar. O Conceito de Saúde e a Vigilância Sanitária: Notas para a compreensão de um conjunto organizado de práticas de saúde. Disponível em http://www.faculdadeatlantico.com.br/site_antigo/downloads/Conceitodesaudeevigilanciasanitaria.pdf. Acesso em 12 de jan de 2016.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. Disponível em < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em 12 de jan. 2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis, As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. Livraria do Advogado. 2ª Ed. Porto Alegre, 2011. p. 15-23.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, v. XLIX, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 3 ed., São Paulo: LTr . p. 431

COUTINHO, Aldacy Rachid. Perfil da Sindicalização no Brasil Contemporâneo, in: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de e outros (org). Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008- p. 15

Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html> Acesso em 12 de jan. 2016.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS ECONÔMICOS. A Saúde do Trabalhador no processo de negociação coletiva no Brasil. Disponível em < http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2015/estpesq76saudeTrabalhador.pdf> Acesso em 12 de jan. de 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

PATENTES DE PRODUTOS E PROCESSOS FARMACÊUTICOS: INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE INVENÇÃO E REQUISITOS DE PATENTEABILIDADE DIANTE DOS DESAFIOS IMPOSTOS À PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE

Maria Cristina Gomes da Silva d' Ornellas[1]

RESUMO: A proteção patentária é o instrumento garantido pelo Estado, que permite aos titulares de patentes impedir que terceiros sem uma prévia autorização, utilizem produtos ou processos protegidos. Esta proteção é por tempo determinado e no setor farmacêutico desempenha um papel fundamental. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) possibilitou aos países membros da Organização Mundial do Comércio que desejassem, a concessão de patentes de uso para medicamentos, além da conferida a novos produtos e processos. Por esta razão, indústrias farmacêuticas buscam não somente proteger os princípios ativos de medicamentos entendidos como inovações radicais, mas também aquelas tidas como inovações incrementais por abrangerem, por exemplo, apenas diferentes indicações terapêuticas de fármacos já conhecidos, tais como as patentes de segundo uso. Porém, práticas como esta anteriormente referida, podem ser incluídas nas estratégias de *evergreening*, adotadas por empresas que buscam, sobretudo, ampliar o privilégio patentário para além do merecido. Desta forma, tratam postergar a concorrência de medicamentos genéricos e obstar o direito humano á saúde relativo ao acesso à medicamentos. Assim, o objetivo deste artigo é colaborar com a discussão sobre a possibilidade de harmonização dos critérios observados pelos membros da OMC, na análise dos pedidos de patente para medicamentos. Para tanto, o estudo utiliza como método de abordagem o dedutivo e de procedimento, o método monográfico. Dentre as técnicas utilizadas, destaca-se a análise (a) de doutrina nacional e estrangeira (b) de diferentes instrumentos legais internacionais, sobretudo o TRIPS e (c) legislação e projeto de lei nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade intelectual. Patentes. requisitos de patenteabilidade. acesso a medicamentos. direito humano à saúde.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade intelectual buscam garantir a apropriação e a exploração de bens intangíveis que, necessariamente, decorrem da capacidade inventiva e/ou criadora do intelecto humano.

O regime jurídico brasileiro para a atual proteção da propriedade intelectual foi baseado no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). O TRIPS foi adotado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e teve como objetivo estabelecer os padrões normativos mínimos de proteção para as criações intelectuais para países membros da referida organização.

Uma das mudanças mais importantes introduzidas através do TRIPS diz respeito ao fato deste exigir dos membros da OMC a proteção patentária para produtos e processos desenvolvidos em todos os campos tecnológicos – inclusive, no setor farmacêutico, desde que atingidos os requisitos legais: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Ademais, o TRIPS - além de patentes para produtos e processos – possibilitou aos países que assim desejassem, a concessão de patentes de uso para medicamentos.

No entanto, embora existam muitos exemplos a respeito do encarecimento de produtos e processos farmacêuticos após a adoção do Acordo TRIPS, isso não significa afirmar que a proteção

1Doutora em Direito – UFRGS. Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. maria_dornellas@uniritter.edu.br

patentária concedida às invenções do setor - *per se* - está relacionada a todos os desafios enfrentados para preservação do direito humano à saúde.

Na verdade, estes também podem estar na forma em que os dispositivos do TRIPS foram acolhidos pelas legislações nacionais e, posteriormente, interpretados e implementados pelas autoridades competentes. Ou seja, o problema pode estar na falta de critérios uniformes paraa interpretação do conceito de invenção e para a análise dos requisitos de patenteabilidade para o setor farmacêutico.

Assim, o objetivo deste artigo é colaborar com a discussão sobre a possibilidade de harmonização dos critérios observados na análise dos pedidos de patente para medicamentos. Este traz, então, reflexões relativas à interpretação do conceito de invenção e dos requisitos de patenteabilidade, a fim de observar se tal iniciativa poderia contribuir com o acesso da população a medicamentos e, por conseguinte, com a proteção do direito humano à saúde. Para tanto, o estudo utiliza como método de abordagem o dedutivo e de procedimento, o método monográfico. Dentre as técnicas utilizadas, destaca-se a análise (a) de doutrina nacional e estrangeira (b) de diferentes instrumentos legais internacionais, sobretudo o TRIPS e (c) legislação e projeto de lei nacionais.

2 A PROTEÇÃO PATENTÁRIANA PERSPECTIVA DO ACORDO TRIPS

A adoção do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), em 1995, foi um passo chave no âmbito da ordem jurídica internacional. Este abrange a principal estrutura normativa internacional voltada para o controle dos direitos de propriedade intelectual.

UNILASALLE
CANOAS-RS

Uma das mudanças mais importantes introduzidas através do Acordo TRIPS foi o previsto em seu artigo 27[2], que passou a exigir dos membros da OMC a proteção patentária para produtos e processos desenvolvidos em todos os campos tecnológicos, desde que atingidos os requisitos legais: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Assim, o TRIPS - além de patentes para produtos e processos – possibilitou aos países que assim desejassem, a concessão de patentes de uso para medicamentos. É importante salientar que antes do TRIPS muitos países não reconheciam patenteamento de medicamentos. No caso do Brasil, por exemplo, até o vigor da Lei n. 9.279/1996 os produtos farmacêuticos de qualquer tipo, modificações ou processos desenvolvidos para a obtenção dos mesmos, não eram passíveis de proteção patentária.

No entanto, o artigo 8º do Acordo TRIPS prevê a possibilidade aos membros da OMC adotarem outras "medidas necessárias para proteger a saúde pública e nutrição e para promover o interesse público em setores de importância vital para o seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico". A licença compulsória estabelecida pelo artigo 31 do Acordo, é uma dessas medidas. As razões pelas quais os membros da OMC decidem conceder uma licença compulsória não foram limitadas pelo Acordo TRIPS. O Acordo menciona algumas, tais como situações de emergências nacionais ou outras de extrema urgência, uso público não-comercial, condutas anticompetitivas. Porém, o licenciamento compulsório é um recurso que poderá ser utilizado diante de outras circunstâncias que vão além destas que foram

2 Atualmente, há o Projeto de Lei n. 5.402/2013 em tramitação no Congresso Nacional para atualizar a lei de patentese a aprovação prévia da ANVISA para produtos farmacêuticos. Parece que a prestação prevista no Projeto de Lei relacionada à aprovação prévia da ANVISA visa maximizar as flexibilidades do TRIPS. Esta afirma que o pedido de patente deve cumprir com a saúde pública e esclarece que "a aplicação será considerada contrária à saúde pública se (1)" apresenta um risco para a saúde "ou (2) o pedido é" de interesse para a política de drogas ou serviços farmacêuticos "e" fazer [es] não cumprem os requisitos de patenteabilidade. "A principal questão que se coloca é até que ponto as iniciativas nas agências administrativas ou regras normativas nas legislações nacionais podem ser estabelecidas, a fim de implementar políticas públicas de saúde, sem ameaçar o disposto pelo TRIPS. Entretanto, este será um ponto a ser enfrentado, pela autora, em uma próxima oportunidade.

explicitamente mencionadas. O detalhamento no artigo 31 do TRIPS das condições exigidas para a concessão do licenciamento compulsório pelos membros da OMC foi, provavelmente, o ponto que impôs grandes desafios para os países sem capacidade industrial no setor farmacêutico. A Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública confirmou o direito dos membros da OMC de utilizarem as flexibilidades do TRIPS, além de ter assegurado que estes têm a liberdade para determinar quais as situações que configuram "emergência nacional" ou outra circunstância de "extrema urgência" - ("[...] ficando entendido que crises de saúde pública, incluindo as relacionadas a HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias, podem representar emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência"). Posteriormente, em 30 de agosto de 2003 foi adotada, ainda que de forma interina, uma declaração buscando permitir a exportação de medicamentos genéricos, através de licenças compulsórias, para países sem capacidade própria de produção.

É claro, que apesar das deliberações da Declaração de Doha e/ou das modificações já inseridas no Acordo TRIPS, ainda permanecem desafios que dificultam o alcance do direito humano à saúde relativo ao acesso a medicamentos.

Entretanto, é importante compreender que tais desafios podem não estar – tão somente - na obrigatoriedade prevista pelo TRIPS de proteção da propriedade intelectual estendida para todos os setores tecnológicos ou nas limitações impostas para o licenciamento compulsório. Na verdade, estes podem estar nas próprias leis relativas à análise e concessão dos pedidos de patente depositados, visto que o TRIPS garante que os estados membros da OMC escolham a forma que desejam implementar o previsto em seus dispositivos.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PATENTEAMENTO

No Brasil, a propriedade industrial é disciplinada pela Lei 9.279/1996. A propriedade industrial, faz parte deste regime jurídico mais amplo – é espécie do gênero propriedade intelectual – e abrange os direitos de concessão de patentes para invenções e modelos de utilidade.

A patente é um bem intangível que encontra no privilégio conferido pelo Estado, a possibilidade de garantir ao autor da atividade intelectual que lhe deu origem, o direito de explorar economicamente o objeto do seu trabalho com exclusividade. Trata-se, então, de um direito "negativo", na medida em que depois de concedido possibilita ao seu titular excluir terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o bem patenteado, sem que haja a sua autorização.

Esta é classificada a partir de dois critérios: o primeiro diz respeito ao fim que se dedicam, enquanto o segundo ao objeto que protegem. Quanto ao primeiro critério, a patente pode ser de invenção ou de modelo de utilidade. As invenções patenteáveis são aquelas que representam ideias que encontram na prática, uma solução para um problema técnico específico. A proteção para os modelos de utilidade, no entanto, existe quando o objeto a ser patenteado apresenta uma nova forma ou disposição que resulte em melhoria funcional no seu uso ou fabricação. Em relação ao segundo critério, uma patente de invenção pode ser de um produto ou processo. As patentes de produto protegem coisas e, as de processo, a maneira de fazer ou usar algo.

Assim, a patente de uma determina invenção e ou modelo de utilidade confere ao seu titular o privilégio da sua exploração por um determinado período. Este é o instrumento garantido pelo Estado, que permite ao seu titular impedir que terceiros, sem a sua prévia autorização, utilizem o produto ou processo protegido. No Brasil, o período de vigência para as patentes classificadas como modelo de utilidade é de 15 anos no máximo e sete anos no mínimo e de 20 anos no máximo e dez anos no mínimo para as patentes classificadas como de invenção (BRASIL, 1996, art. 40).

Normalmente, o privilégio do patenteamento se justifica quando a recompensa financeira recebida pelo seu criador ou titular, incentiva as inovações e eleva o nível tecnológico das indústrias do setor envolvido, através da reposição dos valores investidos em pesquisa e desenvolvimento. Além

disso, o conhecimento envolvido no desenvolvimento e na produção de uma invenção ou modelo de utilidade objeto de proteção patentária deve ser revelado para a sociedade.

Desta forma, sob a égide de um ponto de vista econômico e, até certo ponto social, a racionalidade envolta na adoção de um rígido sistema patentário está, sobretudo, baseado em (1) estabelecer incentivos para os inventores divulgarem as suas invenções e, assim, ampliar o âmbito de conhecimentos tornados públicos; (2) estimular o desenvolvimento de novas tecnologias e (3) encorajar os investimentos em novos produtos e processos. (MACHNICKA, 2012, p.406). No que diz respeito ao primeiro ponto referido, o argumento capaz de justificar a implementação de rígidas leis de proteção à propriedade industrial parte da ideia de que sem a devida proteção patentária, muitas das novas tecnologias criadas jamais poderiam ser alcançadas pela sociedade. Haveria no risco da imitação imediata de certos inventos, a razão para desestimular a divulgação de novos produtos e processos pelos seus criadores. Portanto, seria do interesse da sociedade conferir direitos exclusivos de propriedade através do patenteamento e, assim, estimular os criadores/inventores a revelarem o segredo das suas invenções/criações. Isto possibilitaria que estas fossem imediatamente disponibilizadas para a sociedade e, posteriormente – após o prazo de vigência da proteção patentária –,fossem livremente utilizadas por gerações futuras. A concessão de direitos exclusivos de patente e a possibilidade da cobrança temporária de *royalties* pelos titulares da criação seria a recompensa pela divulgação pública da invenção realizada. Os demais argumentos estariam presente na constatação de que a remuneração financeira garantida pelo patenteamento visaria ressarcir os investimentos feitos em pesquisa e desenvolvimento e, também, estimular constantes inovações. Sem uma significativa probabilidade dos esforços dedicados na obtenção de uma nova tecnologia serem recompensados e/ou os investimentos recuperados, criadores/inventores e empreendedores não se sentiriam estimulados a continuar as suas atividades voltadas para a inovação. Derclaye salienta que a remuneração garantida aos criadores/inventores e empreendedores, além da divulgação das informações/conhecimentos contidas nos produtos ou processos patenteados, ainda estão no cerne das justificativas para a adoção das legislações de proteção da propriedade industrial (2009, p.4).

Sob esta perspectiva, Moreira refere que o desenvolvimento de produtos novos ou aperfeiçoados é, tipicamente, classificado em dois tipos de inovação: inovação radical e inovação incremental. O autor afirma, ainda, que tanto as definições quanto os limites de cada uma das inovações são controversos e incertos, mas, de uma forma geral, há o consenso de que inovações radicais compreendem tecnologias inéditas ou revolucionárias e inovações incrementais compreendem aperfeiçoamentos ou melhoramentos em tecnologias existentes e estabelecidas. (MOREIRA, 2010)Noâmbito das inovaçõesfarmacêuticas incrementais, preocupam aquelas relativas a novas indicaçõesterapêuticas, tais como as patentes de segundo uso, a novas formas cristalinas de polimorfos ou a novos processos de preparação de fármacos. Porém, este tema será abordado em um dos pontos que segue.

2.2 REQUISITOS DE PATENTEABILIDADE NO ÂMBITO DE TECNOLOGIAS DO SETOR FARMACÊUTICO

Os países são autônomos para definirem as suas próprias leis relativas à análise e concessão dos pedidos de patente depositados, assim como para delinear o exigido para estabelecer o cumprimento ou não dos requisitos de patenteabilidade. Tanto o conceito quanto a forma de aplicação de cada um desses critérios pode variar, dependendo da legislação, autoridade examinadora e/ou corte em que a proteção patentária é submetida e/ou posta em análise. (CORREA, 2016, p.2) Entretanto, em termos gerais, a concessão de uma patente está condicionada ao atendimento dos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é responsável pela análise dos requisitos legais de pedidos de patente. A exceção está nas patentes para medicamentos, que exige a anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O primeiro dos requisitos – novidade – está relacionado ao desenvolvimento (no âmbito intelectual) que deverá ser proporcionado pela nova tecnologia, produto ou processo que está sob análise. Este produto ou processo deve alcançar algum incremento na capacidade produtiva até então disponível à sociedade, na medida em que deve representar um passo além no setor tecnológico ou industrial ao que se destina (BARBOSA, 1999, p. 58). A legislação brasileira estabelece que novo é tudo aquilo que ainda não pertence ao estado da técnica. Nesse sentido, a regra geral determina que o objeto da patente – produto ou processo – não deve ter sido revelado em lugar algum, seja por via escrita, oral ou pelo seu uso, antes de efetivado o seu depósito no órgão competente – Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). (BRASIL, 1996, art.11)

Para os casos em que tal revelação tenha ocorrido sem o referido depósito, a legislação prevê a possibilidade do resguardo deste direito de proteção, quando esta se enquadra na situação denominada como período de graça. Isto significa afirmar, que tal divulgação não pode ter ocorrido em um período que exceda aos 12 meses que precederam a data do depósito do invento no Brasil.(BRASIL, 1996, art. 12) Entretanto, no que pese existir diferentes posicionamentos sobre a questão, se faz necessário alertar que nem toda divulgação ocorrida no prazo anteriormente referido será, necessariamente, abrangida no conceito de período de graça. BARBOSA, por exemplo, atrela as suas reflexões sobre o período de graça às assimetrias existentes quanto ao assessoramento e/ou conhecimentos relativos aos direitos de propriedade intelectual, entre inventores individuas, pesquisadores, pequenas e médias empresas, por um lado, e grandes empresas por outro. Assim, segundo o expresso pelo autor:

> [...] o período de graça é objetivo, e sua proteção não é afetada pelo descuido ou falta aparente ou real de intento em proteger o valor econômico do invento. Porém, não obstante o intuito protecionista do instituto, voltado ao inventor individual ou pequena empresa que – historicamente – tentem a perder o direito de pedir patente por divulgarem o invento antes do depósito, o que se tem neste dispositivo é uma suspensão do período em que a tecnologia cai em domínio público. Assim, a interpretação de seu teor levará em conta a exigência constitucional de balanceamento entre interesses contrastantes, sem perder de vista à proteção ao mais fraco, que pode ser o inventor, mas também sem frustrar os interesses da comunidade, que é de ter tecnologia de uso livre, ou logo publicada para *conhecimento* público.
> Assim, nenhuma contemplação poderá haver no caso de invento de titularidade uma grande ou média empresa que descura de pretender proteção a seus inventos; *dormientibus non soccurit jus*. Para estes, há que se aplicar o período de graça com o máximo de restrição. (BARBOSA, 2002)

Muitos países não concedem o período de graça. Nas Comunidades Europeias, por exemplo, a inobservância do requisito do prazo quanto ao depósito e posterior divulgação do invento ou do modelo de utilidade importa em perda da novidade. Nem todo sistema jurídico assegura em sua legislação nacional a prerrogativa do período de graça, porque o próprio TRIPS garante que os estados membros da OMC escolham a forma que desejam implementar o previsto em seus dispositivos. Assim, ao adotarem suas políticas nacionais, os estados determinam o alcance das divulgações já ocorridas e definem o que se encontra no "estado da técnica".

Tal como já foi referido, frequentemente se afirma que a proteção patentária busca recompensar a capacidade inventiva, encorajar os progressos de ordem técnica e incentivar a disseminação de inovações. Por isso, o patenteamento somente se justifica quando o requisito da atividade inventiva está presente em um novo produto ou processo.

Diante do previsto na legislação brasileira, a invenção e o modelo de utilidade são dotados de atividade inventiva e ato inventivo quando não-óbvios à luz do que já é conhecido, ou ainda, apresentem uma nova funcionalidade que não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica. O requisito da atividade inventiva se refere, então, ao empenho intelectual do inventor para a obtenção do resultado objeto de proteção. Um avanço trivial sobre a tecnologia anterior não mereceria o direito de proteção.

Correa salienta que o cumprimento deste requisito é particularmente importante no setor farmacêutico, porque o patenteamento poderia ser utilizado através de estratégias usadas para impedir a entrada no mercado de medicamentos genéricos com preços mais baixos. (2016, p.4)

O ato inventivo, por sua vez, é um atributo que deve estar presente nos modelos de utilidade. Neste caso, este diz respeito a nova forma ou disposição presente em um objeto que depois desta alteração conte com uma melhoria funcional no seu uso ou na sua fabricação (independentemente, deste ter decorrido de combinações óbvias ou simples combinações de características do estado da técnica).

Este, provavelmente, é o requisito com maior margem para critérios subjetivos na análise feita pelo examinador do produto ou processo que busca ser patenteado, o que acaba gerando controvérsias para a sua aplicação.

No caso do Brasil, o dispositivo legal não exige que esta análise seja feita por mais de um técnico no assunto. Há invenções, no entanto, com alto grau de complexidade, cuja análise merece contar com a contribuição ou expertise de técnicos com conhecimentos de diversas áreas. A definição de quem é o técnico no assunto capaz de avaliar a presença de inventividade em um novo produto ou processo utiliza, normalmente, como parâmetro a observação se este é um " profissional graduado na especialidade, detentor dos conhecimentos acadêmicos comuns, e da experiência média de um engenheiro ou técnico, operando no setor industrial pertinente". (BARBOSA, 2002a, p.79)

Também deve ser referido que a avaliação sobre a presença ou não de atividade ou ato inventivo em uma determinada invenção ou modelo de utilidade é feita a partir dos conhecimentos existentes à época em que o novo produto ou processo foi desenvolvido. Barbosa observa que esta análise ou avaliação deve ser "prospectiva a partir do documento mais próximo, e não retrospectiva, a partir da nova invenção". Na verdade, há a tendência de tudo parecer óbvio se comparado com uma nova solução já existente. (BARBOSA, 2002a, p.70)

Há situações em que o reconhecimento da não-obviedade – pelos examinadores e, em algumas situações pelos tribunais – advém da observância de fatores secundários, que incluem: (a) se a invenção soluciona um problema existente há muito tempo; (b) se esta supera falhas anteriormente identificadas; e/ou (c) se esta conta com o sucesso comercial. São fatores observados e que auxiliam a descartar a obviedade porque esclarecem que uma invenção aparentemente óbvia era, na verdade, um problema técnico que há muito tempo outras pessoas vinham falhando em suas tentativas para solucioná-lo. (OMPI, 2005, p.25)

Por fim, a legislação exige que a invenção ou modelo de utilidade tenha aplicação industrial. Barbosa esclarece que o requisito da aplicação industrial é o que se refere à utilidade econômica do produto ou processo objeto da análise da proteção patentária.(1999, p. 60) Nesse sentido, para que uma patente seja obtida é necessário que o inventor demonstre algum tipo de proveito para a sociedade.

Para os produtos farmacêuticos, no entanto, a concessão de patentes também é regida pelo disposto no artigo 229 C da Lei 9.279/1996, acrescido pela Lei 10.196/2001, que incluiu passos adicionais no processo de exame de patentes sobre produtos farmacêuticos – se comparado com o procedimento seguido para os demais setores.

Na verdade, atualmente, o Brasil conta com um sistema de patentes controverso que divide o exame de patenteabilidade para produtos e processos farmacêuticos entre dois órgãos administrativos - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).De acordo com a alteração da Lei de Propriedade Intelectual ", a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos está sujeita à autorização prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária". Entretanto, esta não esclareceu se havia sido conferido à ANVISA a autoridade necessária para avaliar os requisitos de patenteabilidade. Porém, a discordância entre estas duas autoridades se tornou tão evidente que acabou gerando uma mudança no procedimento seguido para a análise dos pedidos de patente de medicamentos. O que era previamente avaliado pelo INPI passou somente a ser analisado por esta autoridade depois de deferido pela ANVISA.

Assim, embora o INPI ainda não estivesse convencido sobre a capacidade da ANVISA para realizar esta análise, a Resolução RDC 21/2013 atualizou o processamento de pedidos de patentes. Esta estabeleceu que a ANVISA examinará os pedidos de patentes encaminhados pelo INPI, à luz da saúde pública. Nesse sentido, a Resolução determinou que o papel desempenhado pela ANVISA vai além da verificação se o produto ou processo farmacêutico contido no pedido de patente apresentar risco à saúde, para também incluir a análise dos requisitos de patenteabilidade. (ANVISA, 2013, art. 4)

Ademais, na abordagem voltada para identificar os desafios que podem estar presentes na análise da patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos, cabe ainda referir que a lei brasileira 9.279/1996, no seu artigo 10 enumera algumas situações em que o regime de patentes é afastado, por se tratarem de não-invenções.No âmbito das reflexões existentes sobre a possibilidade ou não do patenteamento de algumas tecnologias desenvolvidas na área da saúde, destaca-se que as descobertas estão entre as matérias não-patenteáveis; os métodos terapêuticos, de diagnósticos ou cirúrgicos para a aplicação no corpo humano ou animal e; o todo ou parte de seres vivos e materiais biológicos encontrados na natureza, bem como os seus materiais isolados.(BRASIL, 1996, art. 10, I, VIII, IX) A razão para a primeira proibição estaria no fato destas serem consideradas não-invenções porque não contarem com o requisito da novidade e da atividade inventiva, mas reconhecerem algo que já existe na natureza. No caso dos métodos terapêuticos, de diagnósticos ou cirúrgicos a opção presente na legislação brasileira estaria mais associada a questões filosóficas do que conceituais. (DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER E IPANEMA MOREIRA, 2001, p.45) Entretanto, o mesmo ocorre em outros países, visto que a maior parte dos países que excluem esta matéria do patenteamento encontram as suas justificativas em questões éticas, pois se patentes fossem concedidas para métodos de diagnóstico ou terapêuticos, o acesso dos pacientes de baixa renda aos tratamentos necessários poderia se tornar inviável (CORREA, 2000, p. 28) No caso da impossibilidade do patenteamento de extratos de plantas ou moléculas isoladas de plantas enquanto dissociadas de uma composição farmacêutica ou cosmética, a justificativa de tal exclusão decorre do entendimento de que tais substâncias são descobertas. A proteção patentária nesta área somente seria possível para os métodos utilizados para a extração e/ou purificação de produtos naturais ou para as composições que contenham produtos naturais.

É de se registrar, no entanto, que pode haver uma diversidade de interpretações para o conceito de invenção diante dos mesmos requisitos de patenteabilidadee, por conseguinte, a maneira como os pedidos de patentes farmacêuticas são analisados pode ter implicações importantes para a saúde pública. Na verdade, a concessão de patentes para produtos ou processos farmacêuticos de méritos duvidosos, ainda hoje, está entre os principais problemas que obstam o direito humano de acesso à saúde.

2.3 OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO PATENTÁRIANO SETOR FARMACÊUTICO: FORMAS POLIMÓRFICAS E SEGUNDO USO MÉDICO

A maior parte das legislações nacionais relativas à proteção patentária não fornece uma definição para invenções. Estas preferem, tal como ocorre com a legislação brasileira, enunciar hipóteses em que não se aplica a proteção patentária por se tratarem de não-invenções. Estas são, correntemente, entendidas como ideias ou conjunto de ideias, materializadas em produtos e/ou processos aptos a solucionarem um problema técnico através de uma solução técnica. Entretanto, na medida em que a tecnicidade exigida para definir quais as criações do intelecto humano – ou intervenções humanas – que, efetivamente, merecem a proteção patentária não são determinadas, se abre um flanco – no âmbito das patentes no setor farmacêutico – para a adoção de estratégias conhecidas como *evergreening*.

Entre as estratégias incluídas no *evergreening* que visam ampliar o privilégio patentário para além do merecido, estão as que correlacionam a ideia de descobertas às questões relativas aos fármacos capazes de apresentar o polimorfismo. O polimorfismo é identificado quando uma mesma molécula é capaz de cristalizar em duas ou mais formas. (JANNUZZI, VASCONCELLOS E SOUZA, 2008,

p.1211) Embora um grande número de depósitos de pedidos de patente de polimorfos estão sendo feitos e muitos estão sendo concedidos, os escritórios de patente e tribunais estão se tornando cada vez mais relutantes a continuidade de tais práticas. (CORREA, 2016, p.15) Isto ocorre, porque tal como Barbosa afirma, a "mera descoberta de formas polimórficas de um mesmo produto perdeu o atributo de inventividade, essencial para a concessão de uma patente".(BARBOSA, sem data, p.2) Nesse caso, seria tão somente o patenteamento de uma mesma substância ativa em uma nova forma cristalina.

Outro exemplo em que há a possibilidade das industrias farmacêuticas buscarem a extensão da proteção patentária para medicamentos cuja patente original já expirou ou está por expirar é conhecido como patente de segundo uso médico. Neste tipo de patenteamento o que se visa proteger é um novo uso terapêutico para um princípio ativo já conhecido. Nas palavras de Correa, patentes de segundo uso médico não podem ser concedidas porque não são invenções. O reconhecimento de um novo uso terapêutico de um medicamento já conhecido ocorre em decorrência tanto da realização de testes clínicos quanto da observação dos seus efeitos durante o período em que foi comercializado. (CORREA, 2016, p. 26) Desta forma, se está diante da descoberta de uma propriedade intrínseca de um componente já patenteado.

Questões acerca do escopo das patentes de segundo uso já foram levantadas no âmbito do Escritório Patentário Europeu, que concedeu patentes "direcionadas para o uso de uma substância conhecida ou composição na fabricação de um medicamento para uma aplicação terapêutica nova e original."(ROOX et al., 2008). Neste sentido, um exemplo estaria na patente concedida para dosagens diferentes de um mesmo medicamento no tratamento de hiperplasia benigna de próstata e no tratamento de calvície masculina. (ROOX et al., 2008) Isto porque, a patenteabilidade de medicamentos cujo princípio ativo é conhecido, mas apresenta um novo uso terapêutico não é exigida pelo TRIPS, mas admitida em alguns de seus países membros.

Na verdade, quando necessária, a delimitação específica do conceito de invenção – tal como deve ser exigido para preencher os requisitos de patenteabilidade – acaba tornando-se atribuição dos escritórios de patentes ou, ainda, dos tribunais. (CORREA, 2016) Porém, isto somente ocorre quando já se está diante de patentes farmacêuticas que abrangem, por exemplo, formas polimórficas ou de segundo uso, "[...] em que pouca ou nenhuma contribuição foi de fato trazida à sociedade, em nítido caráter de fraude à lei, e acabam por obstar o direito de acesso à saúde que melhor seria satisfeito pela concorrência." (BARBOSA, 2015, p.185)

3 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, a proteção da propriedade intelectual tem entre as suas atribuições garantir o amparo legal e a motivação necessária para manter o desenvolvimento de criações que são fruto do intelecto humano. Inserido neste contexto também está o setor da saúde – que inclui o desenvolvimento de fármacos.

Embora o licenciamento compulsório esteja entre as ferramentas disponíveis aos membros da OMC para atender questões relacionadas ao acesso a medicamentos, este somente ocorre depois que se esgotam as possibilidades de negociações entre o país e a empresa farmacêutica envolvida, além de exigir o pagamento dos royalties apropriados para o titular da patente. Assim, mesmo imaginando a possibilidade da busca do licenciamento compulsório nas situações em que o direito humano à saúde fosse ameaçado, não faria sentido ter que recorrer a tal alternativa para minimizar os efeitos negativos de uma patente farmacêutica mal concedida. A opção pelo não patenteamento em casos em que o que se busca proteger são, por exemplo, formas polimórficas ou segundos usos médicos que não atendem aos requisitos de patenteabilidade, evitaria uma série de preocupações pois, esta atitude teria como objetivo evitar abusos sem, no entanto, caracterizar uma interferência do direito do titular de uma patente.

Nesse sentido, o TRIPS teve o objetivo de regular e/ou limitar os instrumentos nacionais relativos à proteção da propriedade intelectual para os membros da OMC, por um lado, mas ainda deixou alguma discricionariedade para estes países legislarem sobre o tema, por outro. Sobre este último ponto é relevante perceber que no caso da uniformização dos critérios de análise de patenteabilidade, o relativo cerceamento de discricionariedade dos membros da OMC poderia auxiliar no acesso a medicamentos essências a populações carentes, sem no entanto, envolver a adoção de medidas especialmente questionáveis. Na verdade, a harmonização dos critérios ocorreria a partir de aspectos técnicos e não, envoltos em excessiva subjetividade.

Assim, os abusos gerados pelo privilégio monopolístico concedido indevidamente poderiam ser evitados pela observância rigorosa dos padrões estabelecidos pelos requisitos patentários. Nesse sentido, a harmonização na interpretação de tais critérios pelas autoridades responsáveis pelos patenteamentos no setor farmacêutico seria de grande valia, porque evitariam desgastes desnecessários e, em alguns casos, a adoção de medidas extremadas. Tomando como exemplo o exposto sobre o descompasso existente entre os entendimentos das autoridades brasileiras, INPI e ANVISA, não há como deixar de referir que tal situação poderia não existir se houvesse a harmonização nas visões referentes a possibilidade de patenteamento para determinados fármacos. Para contemplar a implementação de políticas públicas com vistas à observância do direito humano à saúde, não haveria a necessidade de submeter os pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos à análise obrigatória da ANVISA, no que se refere aos requisitos de patenteabilidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges, Os requisitos da patente de invenção. 2002. Disponível em: <http:www.denisbarbosa.addr.com/119.rtf>.

BARBOSA, Denis Borges. Atividade inventiva: objetividade do exame. 2002a. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>.

BARBOSA, Denis Borges. Polimorfos, Enantiômetros & coetera – Uma proposta de mudança legislativa. Sem data. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/polimorfismo.pdf>.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As patentes farmacêuticas e os Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, vol. 11, 2015.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, v. I, 2a edição, São Paulo: Ed. RT, 1982.

CORREA, Carlos. Integrating Public Health Concernsinto Patent Legislation in Developing Countries. South Centre Working Paper, 2000.<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2963e/h2963e.pdf>

CORREA, Carlos. Patent Examination And Legal Fictions: How Rights are created on feet of clay. South Centre Research working paper, n. 58, 2014.

CORREA, Carlos. Implementing pro-competitive criteria for the examination of pharmaceutical patents South Centre Research working paper, n. 64, 2016.

DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER E IPANEMA MOREIRA. Comentários a lei de propriedade industrial e correlatos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNILASALLE CANOAS-RS

DI BLASI, G. A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n 9.279, de 14 de aio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

INPI. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Resolução 144/2015: Instituir as Diretrizes de Exame de Pedido de Patente na Área da Biotecnologia., 2015. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/resolucao_144-2015_-_diretrizes_biotecnologia.pdf>.

GADELHA, C. A. G. O complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde. Ciência Saúde Coletiva, São Paulo, v.8, n.2, 2003.

JANNUZZI, Anna Haydée L.; VASCONCELLOS, Alexandre Guimarães; SOUZA, Cristina Gomes de. Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual. Caderno de Saúde Pública, v.24, n.6, 2008.

MOREIRA, Pedro. Patenteabilidade de Inovações Farmacêuticas Incrementais no Brasil: Aceitá-las ou Proibi-las?.Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n. 108, 2010.

ROOX, Kristof (Ed.). Barreiras relacionadas à patente para entrada de medicamentos genéricos no mercado da União Européia: uma revisão das fraquezas no atual sistema de patente Europeu e seu impacto no acesso a medicamentos genéricos no mercado. Associação Européia de Medicamentos Genéricos, 2008. Disponível em: <http://www.progenericos.org.br/ProGenerico_Livro.pdf>.

SEYMORE, Sean B. Patent Asymmetries. University of California Davis Law Review. v. 49, 2015-2016.

SHEMDOE. Georges S. Introduction teintelectual property rights for investigators in health research and institutional intellectual property policy. Acta Tropica. 112S, 2009.

WTO. World Trade Organization. Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights - TRIPS : multilateral trade negotiations the Uruguay round. Genebra, 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – ECONOMIA DA CULTURA, GESTÃO E PATRIMÔNIO CULTURAL

CANOAS, 2016.

MEMÓRIA E IDENTIDADE NO CONTEXTO DA ECONOMIA SOLIDÁRIA

Rita de Cássia da Rosa Sampaio Brochier[1]
Daiana Schwengber[2]
Maria de Lourdes Borges[3]
Aline Accorssi[4]
Rubens Clair Viana Filho[5]

RESUMO: Este artigo propõe refletir algumas conexões teóricas acerca de memória, identidade e autogestão no contexto econômico solidário.A metodologia deste estudo pauta-se no levantamento bibliográfico de natureza qualitativa e delineamento descritivo.Os resultados das conexões teóricas realizadas apontam que o desenvolvimento prático da autogestão perpassa o processo produtivo de um empreendimento, bem como é intersecionado por elementos como a identidade e a memória. Em um contexto de alta complexidade como os próprios da economia solidária, torna-se necessário uma constante busca pelo amadurecimento individual e coletivo, bem como pelo resgate da singularidade de cada cooperado (LIMA, 2013). Para Halbwachs (1990) os atores sociais são aqueles que representam e reproduzem papéis na sociedade. Sob o pressuposto de que a memória também é constituída pela identidade social como a imagem de si, para si e para os outros, observa-se que a memória e a identidade estão inter-relacionadas, como corrobora Pollack (1992), que a memória e a identidade estão harmoniosamente estabelecidas, compostas e ancoradas, ou seja, fundamentalmente relacionadas.Ao compreender os indivíduos que compõem um empreendimento econômico solidário como atores sociais, entende-se que as barreiras para a efetivação da autogestão podem estar atreladas a não participação destes atores sociais nos processos coletivos dos empreendimentos, tendo a memória um papel importante nesse contexto, uma vez que o principal elemento da memória coletiva são os "acontecimentos vividos pelo grupo ou pela coletividade à qual a pessoa se sente pertence" (POLLACK, 1992, p. 201). Assim sendo, reflexões sobre memória e identidade somam na busca pelo entendimento da autogestão no contexto da economia solidária.

PALAVRAS-CHAVE: Memória social. Identidade. Economia Solidária.

1 INTRODUÇÃO

Entende-se que a memória, a identidade e a autogestão se interseccionam nas relações sociais, uma vez que, a memória pressupõe uma corrente de pensamento coletivo, a construção da identidade se manifesta em relação ao outro e a autogestão caracteriza-se no trabalho coletivo.

Refletir sobre a memória de um grupo, conjectura-se discorrer sobre memória individual e memória coletiva. A memória individual pode ser considerada um ponto de vista que se lança em meio a uma sociedade, assim como outros pontos parciais. E a memória coletiva, as lembranças comuns a mais de um indivíduo, mesmo em condição de seleção. Apesar da constante relação entre memória individual e coletiva, ambas não podem ser confundidas (HALBWACHS, 1990).A identidade, em sua construção, referencia-se no outro, distinguindo a admissão, a credibilidade e a aceitação, a partir de negociações (POLLACK, 1992). Assim como a memória e a identidade são construídas a partir de relações sociais, a autogestão pressupõe em seu desenvolvimento uma prática coletiva do trabalho, sendo a própria prática formativa da cultura autogestionária (SINGER, 2011).

1 Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais (UNILASALLE) ;ritadecassia.brochier@gmail.com
2 Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais (UNILASALLE); daia_schw@yahoo.com.br
3 Dra. em Administração (UNISINOS); maria.borges@unilasalle.edu.br
4 Dra. em Psicologia(PUCRS); aline.accorssi@unilasalle.edu.br
5 Mestrando em Memória Social e Bens Culturais (UNILASALLE); rubens.unilasalle@outlook.com

Apesar dos estudos sobre economia solidária terem crescente notoriedade nos últimos anos, observando que a média anual de teses e dissertações sobre o tema, passou de 7,2 trabalhos em (1996-2000) para 80,8 em (2006-2010) (GAIGER, 2012), ainda são poucos os estudos que relacionem economia solidária e memória e/ou autogestão. Destaca-se aqui, um artigo publicado em 2015 na Revista Confluências e intitulado "O 'momento' da ocupação e a construção da autogestão: estudo sobre a memória coletiva de um grupo de operários" de Paulo Andrade Castro, em que o estudo buscou compreender como a formação da memória coletiva contribuiu para o desenvolvimento das ações coletivas dos operários de uma fábrica localizada na cidade de Sumaré, no interior de São Paulo, no momento da ocupação e para o desenvolvimento da autogestão. Além disso, ao consultar as dissertações e teses defendidas no Programa de Pós-Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Rio e Janeiro (UNIRIO), destaca-se a dissertação intitulada: "A memória dos trabalhadores metalúrgicos do Rio de Janeiro na perspectiva da autogestão: o caso Remington". Essa pesquisa buscou compreender como ocorreu a mobilização dos atores sociais para a construção da memória coletiva da autogestão do empreendimento.

Portanto, este artigo tem por objetivo refletir algumas conexões teóricas sobre memória, identidade e autogestão no contexto econômico solidário. Segundo Singer (2013), a economia solidária é caracterizada pela formação de grupos, cujo propósito é a geração de trabalho e renda, autogeridas democraticamente.A metodologia deste estudo pauta-se no levantamento bibliográfico de natureza qualitativa e delineamento descritivo (LEA *e* PARKER, 2000).O artigo foi organizado em três partes: introdução, desenvolvimento, em que serão abordados os temas: memória, identidade, economia solidária e autogestão e, por fim, as considerações finais.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Buscamos desenvolver os temas memória e identidade relacionando seus conceitos com o contexto de economia solidária e autogestão.

UNILASALLE CANOAS-RS

2.1 Memória

Memória é um processo de reconstrução, podendo ser coletivo ou individual. Individual porque o primeiro testemunho ao qual se recorre para lembrar são as próprias lembranças, porém, essas próprias lembranças podem também se apoiar nas lembranças de outras pessoas, recorrendo assim, a memória coletiva (HALBWACHS, 1990). Nessa ideia de se recorrer, senão as suas próprias recordações para relembrar algo é que memória individual e memória coletiva, por vezes se confundem. O quadro1tenta esclarecer suas principais diferenças e/ou semelhanças:

Quadro 1: Memória Individual x Memória Coletiva

MEMÓRIA INDIVIDUAL	MEMÓRIA COLETIVA
Apoio nas próprias lembranças.	Apoio também nas lembranças do outro (s).
Recriação em si próprio.	"Nunca estamos sós (...) as lembranças permanecem coletivas" (HALBWACHS, 1990, p.26).
Pode ser o gatilho para a memória coletiva.	Testemunhos podem ser insuficientes para reconstituir uma lembrança suprimida.

Fonte: Autoria própria com base em Halbwachs (1990).

Parece haver, num primeiro momento, uma forte relação entre memória individual e memória coletiva, mas algumas diferenças podem ser claramente identificadas. A primeira sinaliza que, a memória individual está restrita a próprias lembranças de um indivíduo e que a memória coletiva necessita do apoio das lembranças de outros indivíduos, mesmo que estes não estejam presentes e/ou materiais, para que se reconstitua. Halbwachs (1990) exemplifica:

> Chego pela primeira vez a Londres, e passeio com váriaspessoas, ora com um ora com outro companheiro. Tanto pode serum arquiteto que atrai minha atenção para os edifícios, suas proporções,sua disposição, como pode ser um historiador: aprendo que talrua foi traçada em tal época, que aquela casa viu nascer um homem conhecido, que ocorreram, aqui ou lá, incidentes notáveis. Com umpintor, sou sensível à tonalidade dos parques, à linha dos palácios,das igrejas, aos jogos de luz e sombras nas paredes e as fachadas deWestminster, do Templo, sobre o Tâmisa. (...) Mas mesmo que eu não tivesse caminhado ao lado de alguém,bastaria que tivesse lido descrições da cidade, compostas de todos essesdiversos pontos de vista; que me tivessem aconselhado a examinartais de seus aspectos ou, simplesmente, que dela tenha estudado a planta. Suponhamos que eu passeie só. Diremos que desse passeio eunão possa guardar senão lembranças individuais, que não sejam senão minhas? Não obstante, passeei só somente na aparência. (...) outroshomens tiveram essas lembranças em comum comigo. Muito mais,eles me ajudam a lembrá-las: para melhor me recordar, eu me voltopara eles, adoto momentaneamente seu ponto de vista, entro em seugrupo, do qual continuo a fazer parte, pois sofro ainda seu impulso encontro em mim muito das ideias e modos de pensar a que nãoteria chegado sozinho, e através dos quais permaneço em contato com eles (HALBWACHS, 1990, p.26-27).

O exemplo reafirma a forte relação entre memória individual e coletiva, referindo-se ao apoio na memória dos outros para a reconstituição de suas próprias memórias, mesmo que este indivíduo esteja só, como exemplificou do passeio em Londres. Ao fazer um passeiosozinho, o autor descreve como a presença de lembranças de outros, em determinados momentos, servem como gatilhos para a reconstituição de sua memória em relação aos lugares visitados. Dessa forma, a memória, principalmente coletiva, requer a "participação" do outro para sua reconstituição, seja na forma de gatilho ou de compartilhamento.

2.2 Identidade

Compreendemos a identidade não como algo "solidificado", "pronto" e "engessado", ao contrário. Tomamos o conceito de identidade como uma constante construção e transformação.Bauman (2005) deixa clara esta afirmação de que não há uma única identidade, ou uma identidade verdadeira e alerta que este tipo de conceito singular pode levar para um beco sem saída, justamente por ser uma convenção socialmente necessária e construída com diversas interfaces.Pollak (1992) também traz como um "fenômeno que se produz em referência aos outros [...] e que se faz por meio negociação direta com outros" (POLLAK, 1992, p. 204), através das relações e de forma coletiva.

Em sentido semelhante,Hall (2000) afirma queas identidades são construídas por meio da diferença, como "pontos de apego temporário às posiçõesdesujeito que as práticas discursivas constroem para nós" (HALL, 2000, p.112).Ela é, portanto, sempre adquirida ou construída através da linguagem, é fruto de trocas, de experiências e de vivências em meios simbólicos, ou seja, é relacional (MONTEIRO, apud WOODWARD, 2000). A identidade construída pelos grupos também faz com que possamos refletir qual o papel deste coletivo, seu modo de agir, seus valores, suas práticas, como pensam e como se relacionam (CIAMPA, 1992).

Para Candau (2011) existem três tipos de memória: a protomemória, ou habitus; a memória propriamente dita e por último, a metamemória que ele considera como construtora da identidade. É nas lembranças e nas representações que fizemos a partir delas que construímos nossa identidade, de forma coletiva, em relação. Outro aspecto importante da obra de Candau (2011) é a diferenciação entre memória fraca e memória forte. Para o autor, memória fraca é aquela que é "massiva, coerente, compacta e profunda" (p. 44), responsável pela organização dos sentidos. Já a memória forte seria estruturante da identidade, também chamada de "retórica holística", ou seja, composta por grandes narrativas.

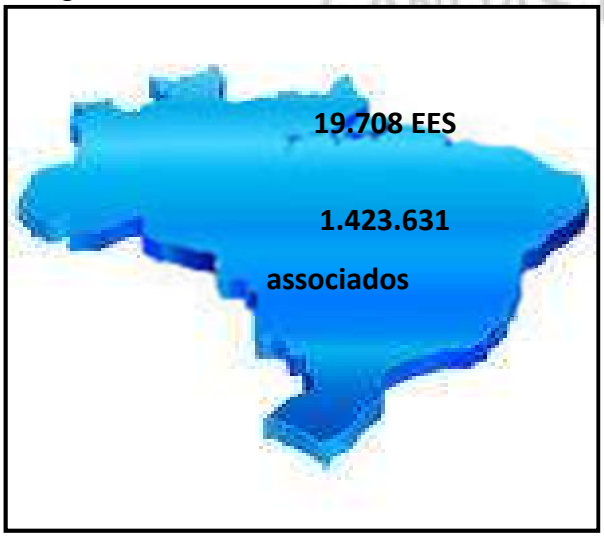
A economia solidária através do seu trabalho colaborativo, coletivo e solidário, quando de encontro com seus valores, pode trazer novas experiências de trabalho e proporcionar ao grupo uma opção de reflexão de sua identidade coletiva que pode ter reflexos em sua identidade individual (CIAMPA, 1992).

2.3 Economia Solidária

A economia solidária ganha destaque no Brasil a partir da década de 1990 como uma alternativa ao capitalismo frente ao panorama de crise econômicanacional em que diversos empreendimentos associativos e cooperativos emergiram em um período denominado "cooperativismo revolucionário". Muitos empreendimentos se constituíram neste período e desenvolveram uma maneira de formação coletiva em busca de visibilidade, fortalecimento e de políticas públicas (SINGER,2002).

Apesar do próprio Sistema Nacional de Informações em Economia Solidária (SIES), vinculado àSecretaria de Economia Solidária (SENAES) no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), afirmar que os dados ainda são incompletos, pois não foi possível realmente conhecer todos os empreendimentos econômicos solidários (EES), o último mapeamento realizado entre 2010 e 2012, demonstra um número expressivo de pessoas envolvidas na economia solidária como forma de geração de trabalho e renda.

Figura 1: Economia Solidária no Brasil



Fonte: Autoria própria

Conforme a figura 1 existe 1.423.631 de associadosnos 19.708 EES identificados no Brasil (último mapeamento 2010-2012),sendo que 56,4% (803.373) são homens e 43,6% (620.258) são mulheres.

Esta outra forma de economiaentra em disputa pelo poder de Estado como estratégia de uma

captação de renda solidária, com autonomia e possibilitando condições de luta relativamente mais favoráveis aos trabalhadores em um espaço e período no qual estespassavam por uma situação amplamente desfavorável (GERMER, 2007).

A economia solidária tem sua origem a partir de iniciativas voltadas para a superação da sociedade capitalista. A solidariedade, nesses empreendimentos, não está desassociada da economia (RAZETO, 1997), uma vez que as pessoas e o trabalho que elas realizam se tornamimportante pela formação da união. Essa relação entre valores – solidariedade, igualdade, autogestão – e economia solidária vem sendo debatida recentemente através de uma análise que combina o entendimento das práticas sociais e dos valores que os indivíduos associam ao seu trabalho (SCHWENGBER *et al,* 2015).

Singer é um dos maiores incentivadores e referência na área. Ele afirma que a luta pelo cooperativismo constituiu a linha de continuidade histórica das "lutas anticapitalistas" dos trabalhadores, principalmente pelas cooperativas de produção, unidade típica da economia solidária(SINGER,2002). As cooperativas utilizam um método de trabalho em queas pessoas que se associam cooperativamente são as donas do capital e as proprietárias dos demais meios de produção, além de serem a própria força de trabalho e de realizarem todo o processo de gestão de forma compartilhada e coletiva (RICCIARDI *e* LEMOS, 2000).

A partir da perspectiva de Singer (2002), há uma relação entre as práticas de trabalho autogeridos e os valores ideológicos de economia solidária. Esse modelo de cooperativismo que apresenta uma gestão compartilhada, ou seja, autogestionária, proporcionaria experiências em que os indivíduos "encontrariam as condições necessárias para incorporar e pôr em execução práticas orientadas por valores ideológicos subentendidos como a solidariedade, a participação, a igualdade e a cooperação" criando-se assim um perfil ideológico de solidariedade (AZAMBUJA, 2009, p. 291).

A economia solidária possibilita exercer um processo educativo através da autogestão e dos valores e princípios desta outra forma de economia (SINGER, 2002). Participar e transformar passam por valores e princípio de solidariedade, autonomia e igualdade. Uma transformação que vai muito além das construções individuais, ela é coletiva e igualitária.Tal modo de produção proporciona um espaço de trabalho que constrói relações de afeto, solidariedade e emancipatória, pois apresenta uma concepção "de que é possível criar um novo ser humano a partir de um meio social em que cooperação e solidariedade não apenas serão possíveis entre todos os seus membros, mas serão formas racionais de comportamento em função de regras de convívios que produzem e reproduzem a igualdade" (SINGER, 2002, p. 116).

2.4 Autogestão

Mesmo com o reconhecimento da autogestão como conceito na Iugoslávia em 1950, segundo Cançado (2008), existem relatos mais antigos da prática autogestionária, como por exemplo, os trabalhadores ingleses de tabaco que, em 1819, se organizaram coletivamente para o trabalho após 11 semanas de greve. No Brasil, a autogestão retoma forças junto ao desenvolvimento da economia solidária nos anos de 1990 (ANDRADA; SATO, 2014). Um dos casos mais notórios da experiência autogestionária no Brasil, foi o da fábrica de fogões Wallig que, após o fechamento e aproximadamente quatro mil pessoas desempregadas, foi arrendada (massa falida) por seus próprios funcionários. Porém, foi numa experiência gaúcha de cooperativa de calçados que os ex-funcionários da Wallig embasaram seus termos e estatuto para se consolidarem cooperativa (SINGER, 2008).

Nos empreendimentos econômicos solidários a autogestão é entendida como a organização do trabalho coletivo, sem que haja qualquer diferenciação entre seus membros no que tange concepção e prática do trabalho (CANÇADO, 2008).Pressupondo a gestão democrática, a participação, a colaboração, a autogestão pode ser mais complexa do que se possa imaginar, perpassando o processo produtivo. A heterogeneidade de um grupo, dissolvidas em questões individuais e subjetivas são

facilmente observadas no contexto da economia solidária (LIMA, 2013). A autogestão é capaz de se efetivar pela práxis, ou seja, um processo autogestionário pode se constituir a partir de um processo de aprendizagem contínuo em que a práxis o efetiva. Assim, torna-se imprescindível que haja participação para que este processo se estabeleça. A não participação pode comprometer a efetivação da autogestão nos contextos econômicos solidários.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compreender os indivíduos que compõem um empreendimento econômico solidário como atores sociais, entende-se que as barreiras para a efetivação da autogestão podem estar atreladas a não participação dos atores sociais nos processos coletivos dos empreendimentos, tendo a memória um papel importante nesse contexto. Assim sendo, reflexões sobre memória e identidade somam na busca pelo entendimento da autogestão no contexto da economia solidária.

O indivíduo que tem a possibilidade de trabalhar com os princípios da economia solidária apresenta grande possibilidade de não mais reproduzir a lógica capitalista partindo para uma lógica solidária e de igualdade transformando a identidade de um grupo social. A autogestão proporciona uma transformação educativa e emancipatória dentro dos empreendimentos que, através de memórias coletivas, compartilhando suas experiências constroem um espaço de trabalho baseado nos valores de união, solidariedade e igualdade.

A autogestão é capaz de se efetivar pela práxis, ou seja, um processo autogestionário pode se constituir a partir de um processo de aprendizagem contínuo em que a práxis o efetiva. Assim, torna-se imprescindível que haja participação para que este processo se estabeleça, sendo também a participação elemento de construção da memória coletiva.

UNILASALLE CANOAS RS

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Lucas Rodrigues. Os Valores da Economia Solidária. Sociologias, n. 21, p. 282-317, 2009.

ANDRADA, Cris Fernández; SATO, Leni. Trabalho e política no cotidiano da autogestão: a rede Justatrama. Revista Psicologia e Sociedade, Santa Catarina, v.26, n. esp., p. 3-13, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi/Zygmunt Bauman; Tradução: Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

CANÇADO, Airton Cardoso. A construção da autogestão em empreendimentos da economia solidária: uma proposta metodológica baseada em Paulo Freire. In: SILVA JR., Jeová Torres. et al, (Orgs.). Gestão Social: práticas em debate, teorias em construção. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2008, p.97.

CANDAU, Joel.Memória e identidade.Tradução: Maria Leticia Ferreira. São Paulo: Contexto, 2011.

CIAMPA, Antonio C.Identidade. As categorias fundamentais da Psicologia Social. Brasiliense, São Paulo, 1991.

HAAL, Stuart. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

HALBWACHS, Maurice. A memória coletiva. São Paulo:Vértice, 1990.

GAIGER, Luiz Inácio. Práticas sociais e conhecimento acadêmico no campo da Economia Solidária.

Disponível em <http://base.socioeco.org/docs/gaigerbib_1_.pdf>. Acesso em out.2014.

GERMER, Claus. A Economia Solidária: uma crítica marxista.Estudos de direito cooperativo e cidadania. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, n. 1 (2007).

LIMA, Maria Isabel Rodrigues. Economia Solidária e Vínculos. São Paulo: Ideias e Letras, 2103.

MONTEIRO, Edenar Souza. Construção da identidade no contexto sociocultural dos sujeitos.Revista Fórum de Identidades. Itabaiana: Gepiadde, Ano 5, Volume 10, 2011.

POLLACK, Michael. Memória e identidade social.Estudos Históricos, 5 n. 10, 1992, p. 200- 212.
RAZETO, Luis. Los Caminos de La Economia de Solidariedad.Buenos Aires: LUMEN-HVMANITAS, 1997.

REA, Louis M; PARKER, Richard. Metodologia da pesquisa: do planejamento à execução. São Paulo: Pioneira, 2000.

RICCIARDI, Luiz; LEMOS, Roberto J. Cooperativa, a empresa do século XXI: Como os países em desenvolvimento podem chegar a desenvolvidos. São Paulo: LTr, 2000.

SCHWENGBER, Daiana*, et al*. Valores na economia solidária: uma revisão sistemática da produção brasileira. Práticas sociais na economia solidária: tecendo experiências e pesquisas sobre incubação.Canoas: Unilasalle, 2015.

SINGER, Paul. Introdução à economia solidária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SINGER, Paul. Entrevista:Economia Solidária. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v.22, n. 62, p. 288-314, 2008.

SINGER, Paul. Políticas Públicas para a Economia Solidária no Brasil. In: SIDNEY, Lianza e Addor, Felipe (Orgs.). Tecnologia e desenvolvimento social e solidário. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p.143.

SINGER, Paul. Prefácio. In: LIMA, Maria Isabel Rodrigues. Economia Solidária e Vínculos. São Paulo: Ideias e Letras, 2013.

UNILASALLE CANOAS-RS

O PROJETO UNIMÚSICA: DIREITOS INTELECTUAIS E ECONOMIA DA CULTURA

Rubens Clair Viana Filho[1]
Maria de Lourdes Borges[2]
Ana Lérida Pacheco Gutierrez[3]

RESUMO: A música é um componente relevante da economia da cultura, mas tem enfrentado gargalos estruturais devido à reconfiguração do mercado musical (MINC, 2016), já que a lógica do rendimento sobre a venda da obra tem migrado para as apresentações ao vivo. Levando esse aspecto em consideração, quando analisamos o Projeto Unimúsica da UFRGS, criado na década de 1980 e que por mais de trinta anos tem disponibilizado 'gratuitamente' ao público apresentações de importantes e emergentes artistas brasileiros, percebe-se que há pontos a serem compreendidos. Esses pontos constituem o objetivo deste artigo que é o de analisar como o Projeto Unimúsica se insere e contribui para a economia da cultura e o que há para aprender sobre os direitos intelectuais. Do ponto de vista metodológico foi realizada uma pesquisa qualitativa, de estudo de caso, onde foram utilizadas as técnicas de entrevista com a coordenadora do projeto, observações, pesquisa documental e de registro fotográfico. Os dados foram sistematizados e analisados segundo a Análise de Conteúdo. Os resultados apontam que a trajetória do Unimúsica passou por diferentes contextos políticos e econômicos no Brasil. Neste período, a economia da cultura, no que se refere à música, também tem apresentado mudanças. Diante das análises fica claro que o caráter simbólico, cultural e criativo da música ainda é promotor de fios condutores de colaboração e esforços em prol da cultura e da preservação dos direitos intelectuais.

PALAVRAS-CHAVE: Economia da Cultura. Direitos Intelectuais. Unimúsica.

1 INTRODUÇÃO

A música é um componente relevante da economia da cultura, embora esteja enfrentando gargalos estruturais devido à reconfiguração do mercado musical (ARAUJO, 2016), já que a lógica do rendimento sobre a venda da obra tem migrado para as apresentações ao vivo.

Considerando-se esse aspecto, quando analisamos o Projeto Unimúsica da UFRGS, criado na década de 1980 e que por mais de trinta anos tem disponibilizado 'gratuitamente' ao público apresentações de importantes e emergentes artistas brasileiros, percebe-se que há pontos a serem melhor compreendidos. Esses pontos constituem o objetivo deste artigo, que é o de analisar como o Projeto Unimúsica se insere e contribui para a economia da cultura e o que há para aprender sobre os direitos intelectuais.

O Unimúsica é um dos projetos congregados pelo Departamento de Difusão Cultural (DDC) da UFRGS e está diretamente a ligado à estrutura administrativa da Pró-Reitoria de Extensão. Além de proporcionar atrações musicais de relevância nacional e internacional, o Projeto Unimúsica foi criado para a divulgação de propostas músico-culturais dos próprios agentes que compõem a instituição (alunos, professores e técnicos administrativos), com a intenção de propiciar a apresentação dos seus trabalhos musicais para a comunidade, criando assim um local de conhecimento e reconhecimento das obras e seus autores.

A seguir são apresentados o referencial teórico e a metodologia adotada. Em seguida, aborda-se o contexto do projeto Unimúsica, a análise dos dados e as considerações finais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

1 Mestrando PPGMSBC/UNILASALLE; rubens.unilasalle@outlook.com
2 Dra. em Administração; maria.borges@unilasalle.edu.br
3 Mestranda PPGMSBC/UNILASALLE; ana.gutierrez@ufrgs.br

Tendo em vista os propósitos deste artigo, parte-se de uma abordagem teórica para contextualizar a relevância do projeto Unimúsica no âmbito da economia criativa, dos direitos intelectuais e dos direitos de propriedade intelectual na música nas seguintes seções.

2.1 Economia criativa: uma breve introdução

A economia criativa está, a passos tímidos, ocupando maior espaço em nível nacional. Faz-se necessário, para o seu desenvolvimento, instituir ou reestruturar as bases regulatórias e institucionais com objetivo de torná-las adequadas como suporte do desenvolvimento das indústrias criativas (RELATÓRIO, 2012).

Para que a economia criativa possa florescer, antes é necessário que ela seja cultivada por meio de um marco regulatório nacional e que possa ter quadros institucionais adaptados às condições e capacidades dos países. O desenvolvimento dessas condições e capacidades depende de um arcabouço legal eficiente e atualizado para que seja possível tratar um grande espectro de pontos complexos a respeito do tema. (RELATÓRIO, 2012). Por exemplo, com objetivo de evitar práticas de comércio desleais e impróprias, como a exportação dos produtos criativos protegidos, e de patrimônio em alguns casos, são imprescindíveis decretos especiais, para delimitar os critérios e regras de comercialização de determinadas obras de arte.

Inúmeras vezes há um desconhecimento do que representa a cadeia de valor para as indústrias criativas, bem como a responsabilidade e o papel dos seus membros em cada ciclo da cadeia de valor. (RELATÓRIO, 2012).

2.2 Direitos Intelectuais

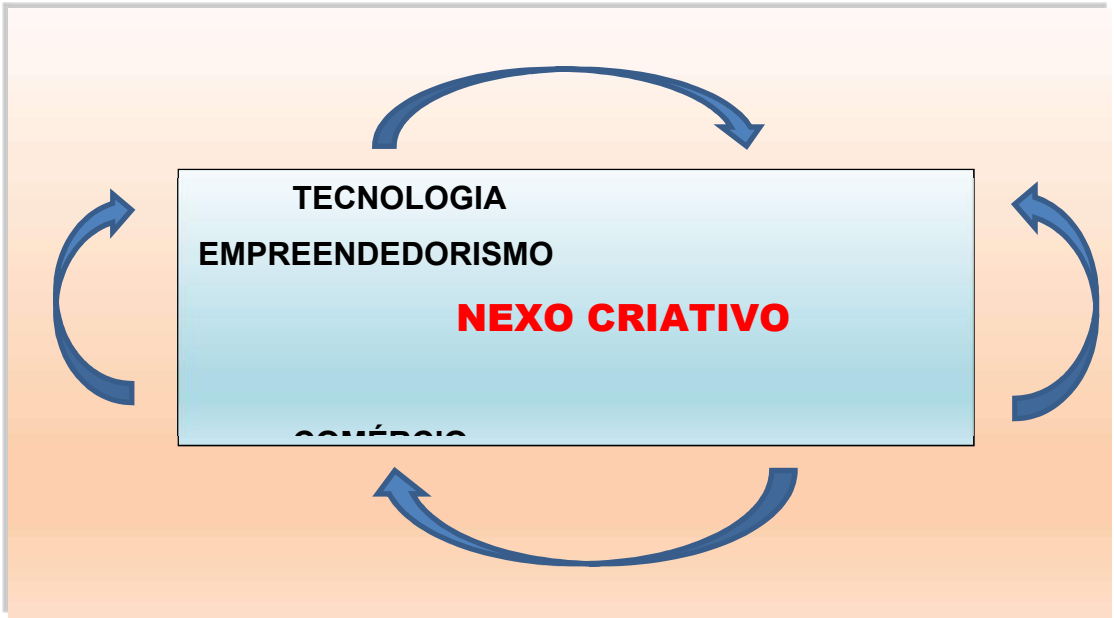
Uma das condições fundamentais para o ingresso nos mercados globais refere-se à existência de uma regulação de propriedade intelectual que preserve o interesse dos criadores e, ao mesmo tempo, incentive a inovação e criação, através de uma Legislação de Propriedade Intelectual. (RELATÓRIO, 2012). Mas, como mensurar a propriedade intelectual enquanto valor? Como os lucros poderão ser distribuídos? Como lidar com a evolução da multimídia? E como controlar a pirataria, no caso da música? (RELATÓRIO, 2012). Tais questões se referem ao debate sobre os Direitos de Propriedade Intelectual (DPI).

Esse debate acaba abrangendo múltiplas esferas, tais como a governamental, o meio artístico, empresas, etc. (RELATÓRIO, 2012). Sendo assim, é preciso que os governos reavaliem suas posições sobre o DPI para que o debate possa avançar. E como gerenciar os conflitos entre o fortalecimento de DPIs e o fortalecimento do domínio público? Garantir uma estabilidade entre esses opostos é importante, mas garanti-la de forma equânime é fundamental para o gerenciamento dos ativos e a concepção de riqueza na economia criativa. (RELATÓRIO, 2012).

O maior problema é que a falta de um conjunto de normas legais efetivas impossibilita que os produtores criativos possam auferir um pagamento justo por sua criação e consequentemente, faz com que não tenham o estimulo financeiro para continuar sua produção. (RELATÓRIO, 2012).

Torna-se interessante salientar que o nexo criativo, segundo o Relatório de Economia da Cultura (2012), envolve uma interação entre tecnologia, empreendedorismo, comércio e investimento, tal como demonstrado na figura 1 a seguir:

Figura 1: Elementos para o nexo criativo



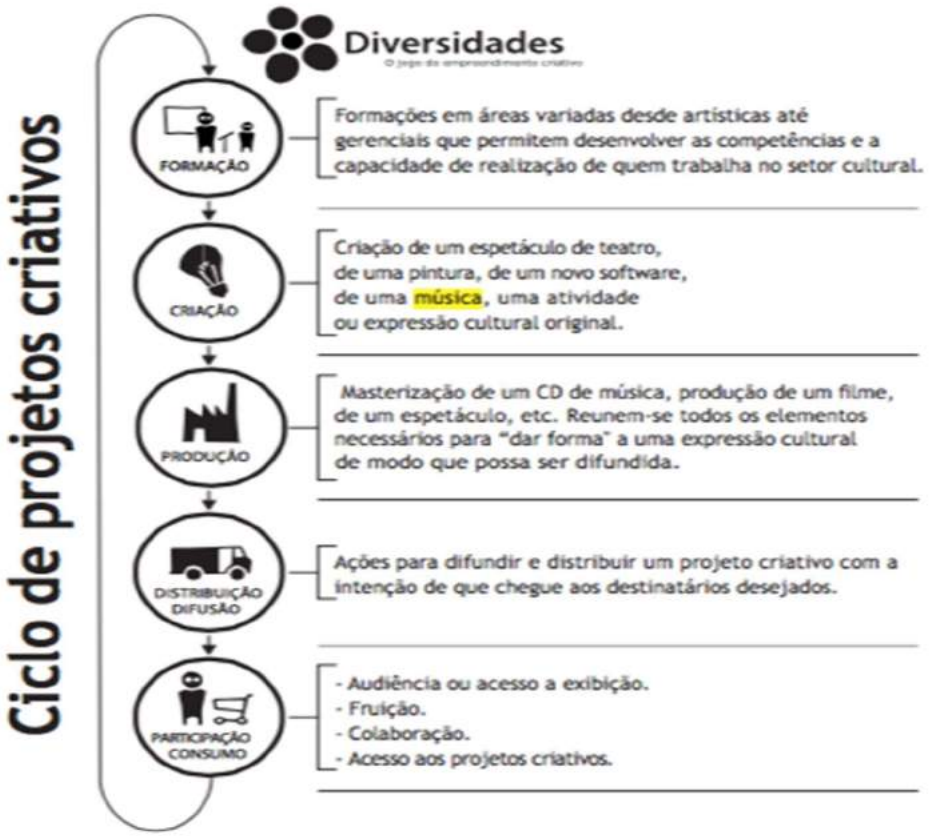
Fonte: RELATÓRIO (2012)

A questão é que o nexo criativo exige certa parcimônia entre os elementos de tecnologia, empreendedorismo, comércio e investimento que contém enorme complexidade quando analisados individualmente. Quando há algum equilíbrio entre eles, há maior chance de atrair "investidores e negócios criativos, estimular o uso de novas tecnologias, e estimular estratégias que promovam o comércio para os mercados nacionais e internacionais" (RELATÓRIO, 2012, p. xxii).

Além disso, foram identificados momentos para que o ciclo de projetos criativos ocorra. Projetos criativos são entendidos como "aquelas ideias criativas que podem ser transformadas em projetos e ofertas culturais" (BARROS; OLIVEIRA Jr., 2011, p. 133).

Segundo Barros e Oliveira Jr. (2011, p. 134), foram identificadas fases que ajudam a entender o ciclo de projetos culturais compostos por: Formação, Criação, Produção, Distribuição/Difusão, Participação/Consumo, tal como aparece na Figura 2.

Figura 2- Fases dos projetos culturais



Fonte: Barros e Oliveira Jr. (2011, p. 134)

CANOAS-RS

Conforme pode ser observado na Figura 2, a última fase é a da participação e do consumo, a qual envolve a audiência ou acesso à exibição, a fruição, a colaboração e o consumo. É justamente nesta fase que o Projeto Unimúsica pode ser identificado como integrante deste ciclo de projetos culturais. Nesse sentido, o Projeto Unimúsica é um caso cujo estudo torna-se pertinente, considerando-se o fato de promover, há mais de trinta anos, acesso aos produtos culturais relativos à música. O contexto e a análise do projeto Unimúsica são realizados nas subseções 4 e 5 deste artigo.

A abordagem dos ciclos de projetos criativos ainda comporta uma análise significativa de um elemento apontado por Benjamin (1955), em 'A Obra de Arte na Era da sua Reprodutibilidade Técnica', com referência à criação e à reprodução da obra de arte. Podemos abordar o tema sob os aspectos dos direitos de propriedade intelectual, para permitir a percepção das múltiplas características apresentadas pela criação artística.

Benjamim (1955, p.3) considera que as obras de arte sempre podem ser imitadas e, portanto, podem ser reprodutíveis. A reprodutibilidade técnica tem se intensificado, trazendo consigo "não só a totalidade das obras de arte provenientes de épocas anteriores [...] como também a conquistar o seu próprio lugar entre os procedimentos artísticos". Benjamin (1955, p.3) salienta ainda que, na reprodução técnica, não há a existência do "aqui e agora da obra de arte" como parte integrante da identidade que a constitui, conferindo mesmo assim a sua autenticidade. Isto proporciona à obra de arte sua autoridade.

A reprodução técnica da obra de arte liberta o objeto reproduzido do aqui e agora, e ao multiplicá-lo, altera seu local de ocorrência único, para ocorrência em massa, além da qual não seria possível a disseminação do objeto de arte e a promoção de sua renovação, revivendo obras produzidas

por grandes autores, tais como Heitor Villa-Lobos, Johann Sebastian Bach, Richard Wagner, Ludwig Van Beethoven.

Embora Benjamin (1955) considere o empobrecimento da aura da obra de arte pela representatividade da sua reprodutibilidade técnica, uma vez que esta não retrata a singularidade da criação (a percepção do contexto que o artista manifestou para criar sua obra), ele percebe que, ao mesmo tempo, é o que a reverencia, quando esta importância mostra-se através da reprodução, mantendo seu vigor, transpondo esta relação e multiplicando seu valor social.

O aqui e agora da obra de arte profere a sua originalidade e o seu conceito de autêntica, não podendo se atribuir o mesmo conceito à reprodutibilidade técnica.

A autenticidade da obra de arte é o conteúdo primordial do relato de sua existência, permitindo a narrativa de tudo que nela é transmissível, desde sua duração material, origem e testemunho histórico.

Este contorno propiciado sob o prisma de Benjamin (1955) aponta uma linha entre a criação e a produtibilidade técnica, para possibilitar um complemento no assentamento das ideias com referência ao tema da propriedade intelectual. Entendemos que essa reflexão sobre a reprodutibilidade técnica seja importante quando discutido o ciclo de projetos criativos, em todas as suas fases. Esse aspecto conduz a outro tema importante dentro da Economia da Cultura que são os direitos de propriedade intelectual, especialmente dentro do universo da música, objeto deste artigo.

2.3 Direitos de Propriedade Intelectual na Música

A música aparece recorrentemente como um dos importantes produtos culturais. A seguir é possível observar na tabela 1 que a música está presente em diferentes sistemas de classificação da indústria criativa. (RELATÓRIO, 2012).

UNILASALLE

Tabela 1 – Sistemas de classificação para as indústrias criativas

Tabela 1.1 Sistemas de classificação para as indústrias criativas derivados de diferentes modelos

1. Modelo do DCMS do RU	2. Modelo de textos simbólicos	3. Modelo de círculos concêntricos	4. Modelo de direitos autorais da OMPI
Publicidade	**Indústrias culturais centrais**	**Artes criativas centrais**	**Indústrias centrais de direitos autorais**
Publicidade	Publicidade	Literatura	Publicidade
Arte e antiguidades	Filmes	Música	Sociedades de gestão coletiva
Artesanato	Internet	Artes cênicas	Filmes e vídeos
Design	Música	Artes visuais	Música
Moda	Editoras		Artes cênicas
Filme e vídeo	Televisão e rádio	**Outras indústrias culturais centrais**	Editoras
Música	Videogames e jogos de computador	Filmes	Software
Artes cênicas		Museus e bibliotecas	Televisão e rádio
Editoras	**Indústrias culturais periféricas**		Artes gráficas e visuais
Software	Artes cênicas	**Indústrias culturais mais amplas**	
Televisão e rádio		Serviços de patrimônio	**Indústrias de direitos autorais interdependentes**
Videogames e jogos de computador	**Indústrias culturais sem distinção fixa**	Editoras	Material de gravação em branco
	Eletrônicos para consumidor	Gravação de sons	Eletrônicos para consumidor
	Moda	Telev isão e rádio	Instrumentos musicais
	Software	Videogames e jogos de computador	Papel
	Esporte		Fotocopiadoras
		Indústrias relacionadas	Equipamento fotográfico
		Publicidade	
		Arquitetura	**Indústrias de direitos autorais parciais**
		Design	**Arquitetura**
		Moda	**Vestuário, calçados**
			Design
			Moda
			Utensílios domésticos
			Brinquedos

Fonte: RELATÓRIO (2012, p. 7).

Pela classificação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a música está categorizada dentro das Artes. A música se constitui um dos principais elementos da indústria criativa, possuindo um grande valor cultural e econômico em todas as esferas da sociedade. Através da música expressamos emoções e sentimentos, através de uma linguagem universal. (RELATÓRIO, 2012).

A experiência musical ultrapassa as fronteiras, transcendendo as barreiras culturais e de idiomas. Constitui patrimônio identitário imaterial, e em seus traços reflete a cultura local. Através dos músicos essa experiência tem sido levada para outras regiões, possibilitando o intercâmbio cultural e permeando outras culturas, o que permite a fusão entre os diversos estilos e possibilita a troca e o diálogo intercultural. (RELATÓRIO, 2012).

Com o avanço das novas tecnologias, novas possibilidades foram criadas em relação ao poder de interação intercultural da música, aumentando ainda mais seu valor cultural e econômico. Hoje a música originada em uma determinada região é produzida e reproduzida, sendo divulgada nacionalmente e globalmente, com o suporte das novas mídias digitais, gerando e adaptando-se a novos modelos de comercialização e distribuição decorrentes dos novos formatos de tecnologias, e criando novos serviços e produtos. (RELATÓRIO, 2012).

A música como importante elemento da indústria criativa não se constitui apenas em uma forma de expressão cultural e fonte de entretenimento, mas compõe um imenso negócio da indústria e da economia mundial, contribuído para a geração de receitas nacionais, empregos e renda. Hoje, apresentada e convertida em bits que atravessam o mundo à velocidade da luz, é difícil mensurar os números do negócio do ramo da indústria musical. Como expressão representativa, a música é também considerada parte do subgrupo das artes cênicas, das indústrias criativas, quando vemos a parte das apresentações musicais e produção de shows. (RELATÓRIO, 2012).

A evolução das novas tecnologias digitais permitiu um grande impulso na difusão da música, trazendo consigo a possibilidade da reprodutibilidade musical em larga escala. Com estes recursos a possibilidade de burlar o controle das atuais legislações de direito de propriedade intelectual, inferindo diretamente sobre os recursos recebidos por compositores, produtores e artistas, representa um conjunto de novos desafios para a indústria da música. O novo mercado da indústria musical passa ou sofre pela revolução dos meios, e precisa encontrar novas formas de regulação, através de acordos internacionais e com apoio e a participação de governos, que possibilitem um maior controle sobre a divulgação e sobre os dados digitais oriundos da produção musical. (RELATÓRIO, 2012). Com isso, devemos observar que o entendimento sobre os dados comerciais apresentados pela indústria musical não possibilita mensurar o seu tamanho exato e, deve ser entendido como relatório sobre as tendências de mercado e não como medidores absolutos que traduzam o valor real do mercado internacional da música. (RELATÓRIO, 2012).

Constituem o mercado de gravações musicais os dispêndios executados pelo público consumidor com aquisição veiculada através de discos de músicas ou vídeos, distribuídos por formatos físicos digitais. (RELATÓRIO, 2012).

A pergunta que fica é: como dimensionar a repercussão econômica da indústria da música com a inexistência de dados desagregados e fidedignos para o seu comércio, emprego e direitos autorais, assim como para serviços de distribuição e marketing? É preciso um forte desejo político em plano nacional, concomitante com um empenho bem coordenado entre a indústria da música e as organizações nacionais e internacionais, para aprimorar a transparência do mercado e operar com as assimetrias que atingem o desempenho do mercado mundial de música. (RELATÓRIO, 2012).

3 METODOLOGIA

Devido à necessidade de entendimento dos significados envolvidos no estudo, foi realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, desenvolvida no ambiente de um projeto cultural. O contexto de análise empírica é o Unimúsica, um projeto cultural da UFRGS. Primeiramente realizou-se uma etapa

exploratória, por meio da investigação de acervos bibliográficos, livros e artigos científicos, disponível na internet e repositórios digitais acadêmicos a respeito dos aspectos acadêmicos e empíricos. Estes últimos consistem em um Estudo de Caso. A etapa seguinte foi a etapa empírica, que consistiu na coleta de dados por meio de entrevistas, observações, documentos. Foram realizadas duas entrevistas com a coordenadora e curadora do projeto Unimúsica. As entrevistas foram do tipo semiestruturada. Em seguida procedeu-se à etapa analítica. Cada entrevista foi transcrita e em seguida feita a sistematização e aplicada a análise de conteúdo, a fim de compreender a sua estrutura operativa e sua memória organizacional.

4 CONTEXTO DO UNIMÚSICA

Atualmente com mais de trinta anos de existência, o projeto Unimúsica encontra-se consolidado como um espaço de expressão musical no âmbito acadêmico, dada a sua difusão ao longo desse tempo, entre discentes, docentes e servidores técnicos administrativos, junto à comunidade externa, face à constante divulgação através da impressa local especializada em cultura, através de revistas acadêmicas, entrevistas e meio eletrônico[14].

Construído ao longo deste período, com a participação dos seus gestores foi sendo legitimado pela comunidade, tendo se consolidado realizando apresentações mensais, conforme informações coletadas junto ao Departamento de Difusão Cultural da UFRGS. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2002).

Uma das metas iniciais do Unimúsica era (e ainda é) dar vazão às manifestações artísticas musicais daqueles que participam da Instituição, junto à comunidade e seu público universitário. Salienta-se que o Unimúsica é um espaço que foi criado com o princípio de possibilitar uma amostragem das atividades musicais realizadas na esfera universitária, permitindo a seus agentes (alunos, professores e técnicos administrativos) apresentarem seus trabalhos para a comunidade, criando assim o local de conhecimento e reconhecimento das obras e seus autores.

Para a execução das duas primeiras instâncias, deve-se estabelecer uma outra relação, e que não é exclusivamente da apreciação e reconhecimento da arte e do artista. Pode-se caracterizá-la como uma terceira atividade, que aparentemente nada tem a ver com as duas anteriores, mas que, como um tripé, mantém a sustentação de todas, que é o comércio da arte. Mostrar e aportar a arte ao mercado certo, em todos os lugares onde estiver exposta, para o acesso e o conhecimento amplo do público.

Para fins de exemplificação, são utilizadas fotografias de um show apresentado no Unimúsica em 2014. Todas as fotografias apresentadas neste artigo foram produzidas pelo próprio autor, durante apresentação da Banda Papas da Língua, no Salão de Atos da UFRGS (2014). Na imagem 1 é possível observar um importante público antes de um espetáculo do Unimúsica.

---

4 http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2014/10/na-ozzetti-canta-nei-lisboa-em-show-do-projeto-unimusica-4624829.html; http://www.correiodopovo.com.br/ArteAgenda/532448/Unimusica-homenageia-sete-compositores-gauchos;http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/ultimas-noticias/tag/musica-popular-brasileira/; http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2014/08/radames-gnattali-abre-nova-serie-do-unimusica-4567355.html entre outros.

Imagem 1 – Fotografia do público antes de espetáculo do Unimúsica

Fonte: Fotografia tirada durante espetáculo do Unimúsica por Rubens C. Viana Filho.

O comércio mantém, fomenta, estimula, divulga e ajuda a arte a transpor os seus próprios limites, ou do seu autor. Através da comercialização da arte, duas etapas importantes se encerram em um ciclo que se completa com a contemplação do bem artístico junto ao seu interessado, o consumidor final. Propiciando-se a união do artista com o público interessado em sua obra.

Observa-se na Imagem 2 que o encontro entre artista e público acontece nos espetáculos do Unimúsica. Porém, como no Unimúsica não há cobrança de ingresso, por ser voltado ao incentivo cultural, o consumidor não paga valores monetários para a contemplação do espetáculo.

Imagem 2 – Fotografia durante espetáculo do Unimúsica

Fonte: Fotografia tirada durante espetáculo do Unimúsica por Rubens C. Viana Filho.

Estas importantes etapas também não se limitam à contemplação do bem artístico pelo consumidor final, pois englobam outras que dão origem a novas demandas por produtos, matérias primas, obras de arte, publicações, originando a cadeia da indústria criativa. Além da venda de CDs, DVDs, novas tecnologias surgem para o aprimoramento da qualidade da sonoridade dos instrumentos musicais e efeitos de iluminação. A imagem 3 mostra aparato tecnológico utilizado durante espetáculo do Unimúsica.

Imagem 3 – Fotografia do aparato tecnológico durante espetáculo do Unimúsica

Fonte: Fotografia tirada durante espetáculo do Unimúsica por Rubens C. Viana Filho.

Neste sentido, temos o Unimúsica como promotor de eventos culturais musicais de uma instituição de ensino pública, para a contemplação gratuita de um público não só acadêmico, e que, com estas características, também está inserido na área da indústria criativa, possibilitando o desenvolvimento de diversas atividades econômicas, resguardadas as suas especificidades tais como a promoção dos espetáculos musicais.

5 ANÁLISE DOS DADOS

O Unimúsica é um projeto que se insere na Economia da Cultura essencialmente sob o ponto de vista dos ganhos sociais por meio do mote cultural, bem como promove a fruição e o conhecimento por meio da arte. Tais aspectos podem ser vistos na fala da coordenadora do Unimúsica:

> eu acho mais flagrante [é que] um dos grandes pontos fortes do Unimúsica que eu acho é o público que [o Unimúsica] cativou, [aquele] que frequenta o projeto, porque é um público consideravelmente heterogêneo para os dias de hoje.

Pergunta-se: qual o valor de um público cativo, como consequência de trinta anos de espetáculo? Quantos momentos de união do artista com o público interessado em sua obra houveram neste tempo? O Unimúsica cativou um público heterogêneo, o que em si possui maior valor intangível dentro da economia da cultura.

> Hoje a cultura está super segmentada, cada vez mais aparecem grupos que vão se afunilando em relação a um tipo de prática, a um tipo de música. O Unimúsica ele tem ainda essa característica, que eu acho que é rara, de congregar pessoas em idades diferentes, de classes sociais diferentes, digamos assim de escolaridades diferentes também, então vem gente que não tem grana, vem gente que tem grana, vem uma família inteira, criança pequena, criança muito pequenininha, mãe, pai, tio, avô, vem famílias.
> Se tu pensar em termos de espetáculos de música, mesmo que tenha um ingresso popular, a frequentação de uma família inteira ela é muito, ela quase não existe, porque no Unimúsica a gente vê muito isso.
> Esse ano passado menos, mas a gente recebe, durante muito tempo a gente recebeu regularmente grupos de alunos de escolas da grande Porto Alegre. Durante um bom tempo uma escola de Esteio que chamava Maria Ligia trouxe os alunos, em regime de rodízio, porque não dava conta de trazer todos, mas regularmente uma escola da periferia Esteio, alunos de EJA, sempre tem um grupo de alunos, de Novo Hamburgo, de várias cidades.

Ganhos educativos podem ser evidenciados como resultado do Unimúsica, uma vez que está educando gerações para a participação ativa em eventos culturais de alto nível, promovendo a inclusão tanto nos aspectos socioeconômicos, quanto geracionais.

> Então é isso, um dos grandes trunfos do projeto, eu acho que é isso tudo, além de ser diversificado é um público super caloroso e, é um público educado também os músicos eles sentem. Esse é um lado, o outro eu acho que é o fato de ser um projeto de uma universidade pública e, por mais, ás vezes complicado que seja a gente tem uma estrutura que já existe e, é uma estrutura maravilhosa, de poder trabalhar com alunos, ter a possibilidade, essa é uma outra grande maravilha ter sempre a possibilidade de trabalhar com alunos interessadíssimos que são brilhantes é uma outra... contribui para formação deles e contribui para a renovação. Outra coisa é essa estrutura mesmo que é um nome, existe um lastro da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Um dos aspectos relevantes da economia da cultura é o fechamento do ciclo entre o músico e o seu público. Mesmo que o público do Unimúsica não pague diretamente valores monetários pelo espetáculo, ele se insere no ciclo da economia da cultura (RELATÓRIO, 2012), pois ele poderá adquirir músicas e outros produtos a partir do seu contato com a música no espetáculo.

> Eu acho que sim, não vou chamar de pontos fracos, mas são dois problemas que eu vejo no Unimúsica. Um deles é ser gratuito, não há nenhuma cobrança de ingresso então, se isso por um lado contribui para facilitar o acesso das famílias que vem, por outro lado ele dificulta, eu acho, eu sinto isso, pelo menos o Unimúsica não contribui para a formação de um mercado de música na cidade, no seguinte sentido, as pessoas, seria muito bom se as pessoas se acostumassem a pagar ingressos de um valor razoável, 10, 15, 20, 30 reais, falo isso pensando nos músicos da cidade, então, o Unimúsica ao fortalecer, digamos essa tradição do ingresso gratuito, ele não contribui para a valorização, digamos assim, o aprendizado do espectador de pagar um valor razoável, mas isso não é só o Unimúsica, o Unimúsica faz parte dessa rede. Em Porto Alegre é assim, não se paga para ir ao museu, não se paga para ir num concerto na universidade, no Solar dos Câmara, ou as vezes se paga muito para ir num show, pode se pagar 200 reais sei lá, para assistir um artista lá no SESI, então, eu acho que o Unimúsica ele tem um lado perverso da realidade, é esse. Por outro lado, também é um fator importante, mas é um lado a ser considerado.

Mesmo com a gratuidade, o músico não deixa de ser remunerado pelo seu trabalho, o que lhe garante os seus direitos de propriedade intelectual, bem como a possibilidade de continuar criando e desenvolvendo a cultura. Além disso, o projeto promove uma oportunidade de transversalidade do conhecimento, uma vez que a música é universal. Por exemplo, um aluno de graduação da área de ciências exatas talvez não tivesse, durante sua formação universitária, a oportunidade de conhecer a obra musical de um artista, de fruição e mesmo de contato com a diversidade proporcionada pelo projeto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi o de analisar como o Projeto Unimúsica se insere e contribui para a economia da cultura e o que há para aprender sobre os direitos intelectuais.

Através de um show musical, produzido uma Instituição Pública de Ensino Superior, portanto de caráter público, podemos observar os elementos da indústria criativa contidos no espetáculo, tais como a união do artista com o público interessado em sua obra.

A estrutura do espaço onde ocorre o Unimúsica (Salão de Atos da UFRGS), criado para diversos tipos de eventos além desse, apresenta em sua estrutura arquitetônica uma formação especial, adequada para propagação das ondas sonoras por todo o ambiente da plateia. Portanto temos aí a aplicação da

engenharia de som, para performar a melhor qualidade de som aos espectadores dos eventos. Também temos a iluminação especial, com seus efeitos que roteirizam o show. São produzidos em consonância com as melodias, e vão mudando a cada momento, imprimindo uma dinâmica visual à apresentação, e que, para sua execução demanda técnicos com conhecimentos específicos para atender estas especificidades. Em uma apresentação musical, a compatibilidade da sonoridade dos equipamentos entre si, a equalização sonora, o volume certo a cada instrumento, o tamanho de onda e sua propagação no espaço, considerando a presença física do público como elemento de interferência sonora e o entendimento sobre a complexidade destas etapas demandam a função de um engenheiro de som.

Para que o show se torne possível, há todo um staff administrativo, pré-show, bilheterias, recepcionistas, camareiras, atendentes de palco, assessoria de imprensa e agentes que operam e formam uma importante equipe no evento, contribuindo para dar suporte ao espetáculo. Todos esses elementos são organizados para que a música, como patrimônio identitário imaterial ganhe expressividade no Unimúsica, assim como a possibilidade da apresentação de diversos estilos que possibilitam a troca e o diálogo intercultural.

Por fim, os direitos autorais das músicas executadas durante o espetáculo do Unimúsica, em conformidade com as regras estabelecidas, respeitando o direito do autor da composição das músicas, oportunizam sua execução dentro do aparato legal e com o devido consentimento autoral, respeitando e valorizando a força da criação do autor. São espaços como este que promovem o respeito aos direitos de propriedade intelectual dos artistas.

A mobilização de todo este aparato técnico e humano serve para apresentar uma parcela do que demanda a indústria criativa e, até onde atingem as demandas de um evento que envolve a criação artística. É quase impossível mensurar todos os seus efeitos na economia, pois a partir da criação de uma música, por exemplo, surgem novas demandas para complementar as exigências que a obra requer até que chegue ao seu público para que seja possível a fruição (o aqui e agora da obra de arte) como coloca Benjamin (1955). Sendo assim, entendemos que a indústria cultural nasce com a aura da obra de arte, e a necessidade da sua reprodutibilidade, que outrora era realizada através da narrativa dos eventos e hoje encontra, através dos meios tecnológicos, cada vez mais, formas de interação, reprodução, recriação até a possível coprodução.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Marcelo. MinC debate Programa de Economia da Música. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-asset_publisher/waaE236Oves2/content/minc-debate-programa-de-economia-da-musica/10883 . Acesso em: 15 mar 2016.

BARROS, José Márcio; OLIVEIRA Jr., José (Org.). Pensar e agir com a cultura: desafios da gestão Belo Horizonte: Observatório da Diversidade Cultural, 2011.

BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era da Reprodutibilidade, 1955. Disponível em: http://www.ufrgs.br/obec/assets/acervo/arquivo/benjamin_reprodutibilidade_tecnica.pdf Acesso em: 15 jun. 2015.

RELATÓRIO DE ECONOMIA CRIATIVA 2010: economia criativa uma opção de desenvolvimento. Brasília: Secretaria da Economia Criativa/Minc; São Paulo: Itaú Cultural, 2012. 424p.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Pró-reitora de Extensão, Relatório de Cultura Unicultura. Porto Alegre, 2002.

O TURISMO CRIATIVO: INTERFACES COM O PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS

Silvana Lehn[1]
Judite Sanson de Bem[2]

RESUMO: O turismo é uma das principais fontes de atividade econômica, pois é o setor que emprega muitas pessoas em todo o mundo, que realiza investimentos maciços para manter a atividade e que apresenta boas perspectivas de expansão. O turismo pode aumentar o valor econômico de uma localidade, além de preservar a cultura de um povo. O artigo tem como objetivo descrever o turismo criativo no município de Porto Alegre/RS, primeiro município brasileiro a implantar um programa para desenvolver esse segmento de criatividade que oferece oficinas diversificadas, cursos de curta duração e demais atividades de desenvolvimento pessoal, realizada por artistas, artesãos e representantes de categorias profissionais, instituições e entidades. Trata-se de uma revisão bibliográfica sobre a economia criativa, turismo, patrimônio cultural e turismo criativo. O turismo criativo pode ser desenvolvido em outras localidades como meio de fomentar a economia criativa, atraindo visitantes para conhecer a diversidade cultural existente no Rio Grande do Sul e no país, estimulando assim, os próprios residentes a cada vez mais explorarem e divulgarem através das oficinas sua própria cultura local.

PALAVRAS-CHAVE: Economia criativa. Patrimônio cultural. Turismo. Turismo criativo.

1 INTRODUÇÃO

O setor de turismo tem crescimento estimado em 4% ao ano, apesar das instabilidades geopolíticas e o crescimento desacelerado de países já desenvolvidos. Em 2014 houve o recorde no movimento dos turistas atingindo a marca de 1,14 bilhões, crescimento de 51 milhões em relação a 2013, de acordo com a Organização Mundial do Turismo. O Conselho de Viagens e Turismo estima que o setor seja responsável por 9,5% do PIB global, um total de US$ 7 trilhões e 5,4% das exportações do mundo. Este segmento movimenta 52 setores econômicos em sua cadeia produtiva e estimular o seu desenvolvimento é uma estratégia para o crescimento econômico bem como a geração de empregos, sendo o setor responsável por um em cada 11 empregos no planeta, podendo chegar a um de cada dez empregos até o ano de 2022 (T&TCREP, 2015).

Ainda que a crise econômica mundial tenha repercutido em setores como o turismo, os serviços culturais e recreativos, que oscilam de acordo com as variações da renda, há uma recuperação mais rápida destes em países em desenvolvimento. A oferta turística é composta pelos serviços turísticos (hotel, transporte), atrativos turísticos (gastronomia, museus, praias) e a infraestrutura de apoio (bancos, aeroportos, estradas). Aqui se destacam elementos e expressões da cultura local, como a gastronomia, a música, as manifestações populares etc. Estes elementos fazem parte da economia criativa e são ativos criativos que geram crescimento e desenvolvimento econômico. A partir destas ideias, de que forma o turismo pode fomentar a economia criativa e contribuir para a preservação da cultura de um povo?

O trabalho tem como objetivo descrever o segmento do turismo criativo no município de Porto Alegre, primeiro município brasileiro a implantar um programa para desenvolver esse segmento de

1 Aluna especial do PPG em Memória Social e Bens Culturais do Unilasalle/Canoas, Mestre em Turismo e Hotelaria (Univali/SC), Bacharel em Turismo (PUC/RS), graduanda em Design de Interiores (Feevale/RS), Coordenadora dos cursos de Tecnologia em Eventos, Tecnologia em Marketing e Bacharelado em Turismo do Unilasalle,*silehn@gmail.com*

2 Profª do Programa de Pós Graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE/Canoas, Drª em História pela PUCRS, Mestre em Economia Rural pela UFRGS, Bacharel em Economia pela UFRGS, *judite.bem@unilasalle.edu.br*

criatividade. Porto Alegre é a capital do estado do Rio Grande do Sul e é considerada uma cidade multicultural. Possui 1.415.237 habitantes e é um polo de comércio de bens e serviços por excelência e de avançada tecnologia, além de ser um centro econômico, financeiro, político, cultural e administrativo das 31 cidades-satélites da Região Metropolitana de 3,9 milhões de habitantes. (PORTO ALEGRE, 2016).

Acredita-se que Porto Alegre possui espaço para melhor se desenvolver em termos de turismo e, por isso, dedica-se o interesse em pesquisar sobre o Turismo Criativo, o segmento pioneiro no Brasil que a capital está desenvolvendo. O objetivo, para ser alcançado se utilizará de uma revisão de literatura, sobre a impotência econômica do turismo, com a descrição do turismo criativo, posteriormente se utilizará da estatística descritiva para quantificar os dados dos fluxos de turistas à Porto Alegre e suas redes e entrelaçamentos, deste estudo de caso.

2 A INDÚSTRIA CRIATIVA

Nos últimos anos, as empresas passaram a reconhecer a criatividade como insumo de produção e a perceber o papel transformador desta no sistema produtivo. Desta forma, a criatividade passou a ser um dos fatores determinantes na vantagem competitiva das empresas, um ativo importante dento da lógica de agregação de valor (FIRJAN, 2014).

Segundo dados do Sistema Firjan – Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, em uma década, houve um crescimento de 69,1% no número de empresas que formam a indústria criativa. A cadeia produtiva está alinhada à visão da UNCTAD, composta pelos ciclos de criação, produção e distribuição de bens e serviços, formada pelo núcleo que promove as atividades profissionais que tem as ideias como insumo principal para a geração de valor. As atividades relacionadas são aquelas que provêm diretamente bens e serviços à indústria criativa, que prestam apoio e são ofertantes de bens e serviços de forma indireta a este segmento (FIRJAN, 2014).

O termo indústria criativa surgiu na Austrália, em 1994, com o lançamento do relatório Nação Criativa, porém o marco significativo na adoção do conceito foi a XI Conferência Ministerial da UNCTAD, em 2004, que cita “qualquer atividade econômica que produza simbólicos intensamente dependentes da propriedade intelectual, visando o maior mercado possível”. As indústrias criativas possuem um enorme escopo e abarcam vários setores, desde o patrimônio cultural até os audiovisuais e as novas mídias, dividindo-se em patrimônio, artes, mídia e criações funcionais. As indústrias criativas são os ciclos de criação, produção e distribuição de produtos que utilizem a criatividade e o capital intelectual como insumos primários (UNCTAD, 2010).

O termo economia criativa apareceu pela primeira vez em 2001, citado por Howkins e foi evoluindo no decorrer desta década. Para a UNCTAD é um conceito em evolução baseado em ativos criativos que geram crescimento e desenvolvimento econômico e pode estimular a geração de renda, a criação de empregos e a exportação de ganhos, promovendo a inclusão social, diversidade cultural e desenvolvimento humano. Envolve aspectos econômicos, sociais e culturais que interagem com tecnologia, propriedade intelectual e turismo (UNCTAD, 2010).

Atualmente, as pessoas buscam algo a mais, algo que lhes agregue valor perceptível, proporcionando sensações ímpares que diferenciam uns itens dos outros e permitam a seleção e a aquisição a partir de necessidades individuais (PANOSSO NETTO; GAETA, 2010). O turismo e a cultura produzem o sentido de experiência, quando os negócios podem se diferenciar pela sua diversidade cultural, estética, lembrança e imaginação. Os consumidores interagem e são cocriadores ao experimentarem, trocarem conhecimento e habilidades (UNCTAD, 2010).

Dentre os fatores que impulsionam a economia criativa está o turismo, que movimenta U$ 3 bilhões por dia no mundo. O turismo pode diversificar a economia e gerar benefícios sociais e ambientais. É importante ressaltar que as políticas públicas podem maximizar o impacto benéfico do

desenvolvimento do turismo e sua relação com a economia criativa. Os visitantes consomem os atrativos turísticos culturais como a música, a gastronomia e o artesanato. A atmosfera e as tradições culturais podem servir como insumos aos visitantes (UNCTAD, 2010).

De acordo com Panosso Netto & Gaetta (2010, p. 50): "a ideia e a necessidade do turismo como uma forma positiva de experiência passou a fazer parte das políticas públicas dessa área, sinal de que o tema tem despertado interesse e de que no momento é muito importante discuti-lo".

Destaca-se que os visitantes que procuram pela cultura como motivação de viagem promovem o turismo centrado em áreas patrimoniais e está em ascensão em muitos países, apoiado pela Lista do Patrimônio Mundial da Unesco, que inclui 890 propriedades de patrimônio cultural e natural, consideradas com imenso valor universal (UNCTAD, 2010).

No entanto, ressalta-se que organismos mundiais como a OMT – Organização Mundial do Turismo, devem continuar a fomentar a criação de políticas de preservação dos patrimônios culturais e ambientais que são tocados pela atividade turística, beneficiando a população local (UNCTAD, 2010).

O turismo favorece o contato e o vínculo entre as pessoas, impactando culturalmente a comunidade anfitriã. A atividade pode ser um estímulo para a preservação e a conservação da herança cultural, bem como o fortalecimento da identidade de um povo, além da possibilidade de intercâmbio cultural entre os povos (DIAS, 2005).

3 O TURISMO

Segundo a Organização Mundial de Turismo e igualmente adotada pelo Ministério do Turismo, sua definição compreende: as atividades que realizam as pessoas durante suas viagens e estadas em lugares distintos ao de seu entorno habitual, por um período de tempo consecutivo inferior a um ano, com finalidades de lazer, negócios ou outros (MTUR, 2015).

Outro conceito caracteriza o turismo como:

> [...] um fenômeno social que consiste em um deslocamento voluntário e temporário de indivíduos ou grupos de pessoas, predominantemente por lazer, cultura ou saúde, movidos a partir de seu local de residência habitual para outro, no qual não exercem qualquer atividade lucrativa ou remunerada, gerando múltiplas inter-relações da vida social, econômica e cultural (DE LA TORRE *apud* BARRETTO, 2008, p. 12).

A segmentação turística é o meio mais assertivo de atingir o público alvo, a fim de que seu produto seja consumido. A segmentação é importante para criar um diferencial para as empresas e definir um posicionamento de mercado. Diferente disso, sem um segmento ou uma especialização, torna-se extremamente difícil desenvolver um diferencial competitivo.

> [...] a segmentação está presente em todos os mercados, incluindo o mercado do turismo. Os produtos devem ser oferecidos de forma a atender as necessidades e demandas específicas de cada cliente, pois o mesmo produto pode atender as demandas de um perfil de cliente e ser inadequado para outros segmentos (BRASIL, 2010, p. 23).

A partir da segmentação do turismo surge o nicho de mercado do turismo cultural, que corresponde ao fluxo de visitantes, pessoas de fora da comunidade receptora, motivadas completamente ou em parte por interesses na oferta turística histórica, cultural, artística, científica, ou mesmo no estilo de vida e tradições da comunidade anfitriã. Pode-se afirmar que esse tipo de turismo além de aumentar o valor econômico de uma localidade, pode preservar a cultura, restaurando e mantendo obras, prédios religiosos, mantendo o folclore que faz parte da cultura de um povo (LEITE, 2004).

O turismo contribuiu para o comércio e para o desenvolvimento, sendo que "o setor cultural contribui com o Turismo por meio da demanda por visitas a locais onde se localizam patrimônios culturais, festivais, museus e galerias, além de música, dança, teatro, apresentações de ópera, etc" (UNCTAD, 2010, p. 4). De forma geral, esse o visitante que pratica o turismo cultural é mais exigente culturalmente, do que os visitantes do turismo de massa. "Os sítios históricos são as principais atrações do turismo cultural no mundo todo" (UNCTAD, 2010, p. 5).

"Festas culturais tradicionais são atividades criativas de importância cultural para os países em desenvolvimento, particularmente quando associadas ao turismo, mesmo que os dados sobre estas festas não sejam geralmente coletados em todo o mundo" (UNCTAD, 2010, p. 5). No Brasil, o carnaval é um exemplo da importância econômica destas festas culturais, pela vultuosidade envolve esta atividade ao acolher milhares de visitantes, em destinos tradicionais como Rio de Janeiro, Bahia e Recife, movimentando com a hotelaria, a alimentação, atrativos culturais, transportes, artesanato e comércio em geral. O turismo, a expansão do lazer e da arte contribui para o crescimento do artesanato, segmento da indústria criativa em que os países em desenvolvimento têm posição de liderança no mercado global (UNCTAD, 2010).

Para a UNESCO - organismo das Nações Unidas que atua nas áreas da educação, da ciência, da comunicação e da cultura, segmento relacionado ao turismo – o patrimônio cultural é um recurso de toda a humanidade, não renovável, um bem intocável, que envolve o ambiente natural. Desta forma, é o principal organismo de atuação na área cultural, sendo "referência mundial em termos de preservação e de conservação da cultura mundial" (DIAS, 2006, p. 108).

O envolvimento do governo, setor privado e sociedade civil no desenvolvimento socioeconômico sustentável que utilizam a criatividade, a memória e a identidade para se inspirar nos valores culturais intangíveis de um povo, gerando bens e serviços de valor simbólico e econômico caracterizam a economia criativa (REIS, 2007). O patrimônio cultural é a parte integrante da oferta turística e pode ser o principal atrativo para a motivação de o visitante praticar o turismo.

UNILASALLE CANOAS-RS

4 O PATRIMÔNIO CULTURAL

O patrimônio cultural atrai milhares de visitantes, atividade que tem registro no Renascimento, período conhecido como *grand tour*, época em que a nobreza europeia viajava para estudar a cultura. A UNESCO tem papel fundamental na evolução da proteção patrimonial do turismo cultural, pois desde que foi criada, sempre abordou a relação entre o turismo e o patrimônio cultural (DIAS, 2006).

No Brasil, o município de Ouro Preto, tornou-se símbolo em 1933, por receber título de monumento nacional, incluindo-se na memória do país. Há diversos sítios brasileiros incluídos na lista do Patrimônio Mundial da UNESCO, tais como: os Centros Históricos de Olinda/PE e de Salvador/BA, as Ruínas Jesuítico-Guaranis de São Miguel das Missões/RS, o Parque Nacional de Iguaçú/PR, entre outros (DIAS, 2006).

A criação da Organização Mundial do Turismo (OMT), em 1975, organismo intergovernamental ligado à ONU, teve o propósito de promover e desenvolver o turismo, e entre os seus objetivos, de proteger o patrimônio cultural. O turismo pode proteger, mas também pode depredar o patrimônio cultural. É importante que a população local e os visitantes tomem consciência da conservação da sua identidade cultural e da preservação dos valores culturais, de forma a utilizar o patrimônio como recurso cultural. A "harmonia entre conservação e desenvolvimento levará a não destruição dos recursos turísticos para as futuras gerações e tornará realidade o turismo sustentável" (DIAS, 2006, p. 125).

Por outro lado, Bertini (2008) aponta que há um enorme desprezo em relação às políticas públicas para a cultura, o turismo e o esporte, pois o pequeno aporte orçamentário apresenta um demérito

econômico nestes setores. Desta forma, verifica-se a importância de se criarem políticas públicas de forma a promover e beneficiar estes segmentos.

Sendo o patrimônio cultural a origem de todas as formas de arte e alma da indústria criativa, este envolve as expressões culturais tradicionais como o artesanato, festivais e celebrações, bem como sítios arqueológicos, museus, bibliotecas, entre outros (UNCTAD, 2010).

O patrimônio cultural imaterial é composto por tradições orais; artes e espetáculos; usos sociais, rituais e atos festivos; conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo; técnicas artesanais tradicionais (DIAS, 2006). Desta forma, o turismo pode utilizar-se do patrimônio cultural material e imaterial, como forma de preservar a cultura e a identidade de um povo. No próximo item será descrito o segmento do turismo criativo, uma estratégia para conectar a economia criativa e o turismo.

5 O TURISMO CRIATIVO EM PORTO ALEGRE/RS

O RS representa atualmente 17% das chegadas de turistas internacionais ao Brasil, ocupando a 3ª posição entre todas as UF, seguido pelo Paraná. À frente do RS, estão os Estados de São Paulo (36%) e Rio de Janeiro (22%). Segundo o Anuário Estatístico do Turismo Brasileiro 2016 (2015), sabe-se que, do total de turistas internacionais que estiveram no RS, em 2015, a maioria era argentinos (79,28%), provenientes da América do Sul (97,3%). Os sul-americanos apresentaram um gasto médio diário de US$ 66,75 no Brasil. A maior parte dos turistas que entraram no Brasil, utilizaram a via de acesso terrestre. Segundo o estudo da Demanda Turística Internacional Brasil 2015 – ano base 2014 (FIPE, 2015), a avaliação de viagem positiva alcança 92,5% e a motivação lazer predomina neste tipo de acesso (54,7%).

Porto Alegre recebe cerca de 1,5 milhão de visitantes por ano na sua rede hoteleira, a maior parte atraída pelos congressos, seminários, feiras, encontros corporativos e também pela grande oferta de patrimônio cultural, grandes shows e espetáculos, segundo as Diretrizes do Turismo Criativo (TURISMO CRIATIVO POA, 2014). Foi o primeiro município brasileiro a implantar um programa para desenvolver o turismo criativo, e juntamente com uma rede de importantes parceiros nacionais e internacionais, promoveu a 1ª Conferência Brasileira de Turismo Criativo, que ocorreu em outubro de 2013 (CONFERÊNCIA, 2014).

O conceito de turismo criativo, segundo a UNESCO (2006), é aquele em que o viajante tem uma interação educativa, emocional, social e participativa com o lugar, sua cultura e seus residentes. Os turistas sentem esses destinos como cidadãos.

O programa Porto Alegre Turismo Criativo, desenvolvido pela Secretaria Municipal de Turismo de Porto Alegre, para a inserção do segmento na capital gaúcha, possui diferenciais competitivos no que diz respeito às possibilidades de bons resultados em curto e médio prazo e que a cidade seja uma referência para outras localidades nacionais, considerando essa abordagem turística, inédita no cenário brasileiro (CONFERÊNCIA, 2014). Apresenta-se aqui a grande demanda pelo turismo e a oportunidade que o município possui para melhor desenvolver este potencial.

No ano 2000, Richards e Raymond foram os primeiros a conceituar o segmento de turismo criativo como: "turismo que oferece aos visitantes a oportunidade de desenvolver o seu potencial criativo por meio da participação ativa em cursos e experiências de aprendizado que são baseados nas características dos destinos onde são realizados" (RICHARDS; RAYMOND, 2000, *apud* TURISMO CRIATIVO POA, 2014, p.17).

Percebe-se com estes dados que o visitante que pratica o turismo criativo deseja aprender sobre a cultura local, interessando-se em interagir com a comunidade, buscando vivências culturais. Os visitantes desejam vivenciar experiências diferentes e interagir com a cultura local dos destinos turísticos que visitam. O turismo criativo integra os residentes e os visitantes. As cidades que desenvolvem este

tipo de turismo "[...] geram experiências culturais para os habitantes e visitantes, através da apresentação dos bens do patrimônio cultural ou através de suas atividades culturais nas artes cênicas e visuais" (TURISMO CRIATIVO POA, 2014, p. 18).

O rápido crescimento do turismo fez com que as cidades aumentassem a oferta de seus atrativos culturais, aumentando um processo global em série, onde cada destino precisa inovar em seus atrativos, pois diferem pouca coisa de seus concorrentes (RICHARDS, 2010, apud TURISMO CRIATIVO POA, 2014).

O turismo criativo está muito além da contemplação dos atrativos turísticos que se adquire na prática do turismo tradicional, que geralmente não envolvem os costumes e valores de uma localidade. Quando o aprendizado é inserido nas atividades turísticas, o visitante adquire o benefício do autoconhecimento, do desenvolvimento pessoal e de experiências memoráveis (TURISMO CRIATIVO POA, 2014). "O Turismo Criativo é extremamente enriquecedor. O turista torna-se mais artista e compartilha com os moradores locais, o que dá outra dimensão à viagem e instiga o visitante a retornar" (CANAL, *apud* CONFERÊNCIA, 2014, p. 27).

O turismo criativo é estratégia de desenvolvimento e está fundamentado na criatividade, na participação, na inclusão, na excelência e no desenvolvimento integral dos indivíduos e das comunidades (MOLINA, 2016). "Com o Turismo Criativo, Porto Alegre qualifica mais um segmento que amplia a oferta de produtos e serviços a turistas, ao mesmo tempo em que estimula uma nova cadeia de pequenos empreendedores de todas as áreas da economia criativa a se integrar ao Turismo da cidade" (POA CRIATIVA, 2016).

As atividades mais utilizadas para a realização do turismo criativo são: aulas de dança do folclore local, participação em oficinas de artesanato e de artes visuais, em concertos musicais da cidade, oficinas de gastronomia regional, palestras sobre temas de referência do destino, de manifestações culturais, movimentos e festivais criativos, entre outras atividades (TURISMO CRIATIVO POA, 2014).

No Brasil, o turismo criativo pode ser desenvolvido e planejado pela ampla diversidade cultural do país, aliado ao fato de que muitos municípios que podem trabalhar com este segmento. Deste modo, é um nicho de mercado que pode ser explorado de maneira estratégica, pois cada região do país exibe uma cultura diversificada, atraindo visitantes diversos. Sendo a economia criativa "[...] a economia do intangível, do simbólico. Ela se alimenta dos talentos criativos, que se organizam individual ou coletivamente para produzir bens e serviços criativos" (BRASIL, 2011, *apud* TURISMO CRIATIVO POA, 2014, p.15).

Durante todo o período da Copa do Mundo de 2014, que ocorreu de 12 de junho a 13 de julho em Porto Alegre, os turistas puderam vivenciar hábitos e costumes do estado em oficinas do Projeto Turismo de Galpão, projeto que aconteceu no Acampamento Farroupilha e que permitiu a vivência do universo de crenças e lendas, ritmos, sabores, usos e costumes que identifica o povo do Rio Grande do Sul e que está inserido dentro do Programa de Turismo Criativo.O evento voltado à divulgação das tradições e do folclore gaúcho reuniu oitenta e seis piquetes no Parque Harmonia. Foi um período importante para a inserção do segmento na capital e oportunizou a realização de atividades relacionadas à cultura gaúcha: preparar e degustar o churrasco, preparar o chimarrão com diferentes técnicas, encilhar um cavalo, provar o café campeiro, conhecer lendas e mitos do imaginário gaúcho. (TURISMO CRIATIVO POA, 2014).

Os piquetes ofereceram oficinas variadas: desde gastronomia, para ensinar como os gaúchos preparam o churrasco e o carreteiro de charque, o pão caseiro e o bolinho de chuva, bem como oficinas sobre danças gaúchas, jogo de bocha e de truco, produção do chapéu e outras peças da indumentária gaúcha, entre outras atividades. O turista pode conhecer e interagir com a cultura do Rio Grande do Sul (TURISMO CRIATIVO POA, 2014).

O programa Porto Alegre Criativa oferece diversificadas oficinas, cursos de curta duração e demais atividades de desenvolvimento pessoal que são realizados por artistas, artesãos e representantes

de outras categorias profissionais, instituições e entidades. A busca pelas atividades ofertadas deve ser realizada através do site institucional do Programa Turismo Criativo, criado pela Secretaria Municipal de Turismo, que diariamente atualiza o portal com notícias das atividades que acontecem no município. (TURISMO CRIATIVO POA, 2014).

Segundo os dados do BEMTUR (Boletim Estatístico Municipal do Turismo em Porto Alegre, 2015 e 2016), o turismo de galpão que acontece no Acampamento Farroupilha, durante as festividades do Vinte de Setembro, atendeu 1.100 pessoas em oficinas de turismo criativo em 2014, e em 2015, foram atendidas 1.258 pessoas. Isto representa um aumento de 12,55% na demanda por este tipo de turismo, mesmo com a retração econômica no mercado, que diminuiu os fluxos de turistas a capital, como mostra a queda registrada na taxa de ocupação hoteleira nos anos de 2015 (46,22%), 2014 (53,67%), 2013 (53,04%), 2012 (58,76%). Registra-se que os aumentos nos fluxos foram garantidos pela demanda de eventos médicos, esportivos, shows musicais etc. Desta forma, fica evidente que o trabalho conjunto na captação de eventos a Porto Alegre, movimenta os setores relacionados ao turismo e podem aumentar a demanda pelo turismo criativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O turismo e o patrimônio cultural são segmentos que possuem uma ligação intrínseca, pois o primeiro se utiliza o segundo para desenvolver e preservar a cultura e a identidade de um povo. O turismo pode perpetuar a cultura de uma comunidade, bem como resgatar valores e tradições, possibilitando um sentimento de pertencimento junto aos autóctones.

O turismo pode atrair um fluxo de visitantes motivados por interesses na oferta turística ou mesmo no estilo de vida e tradições da comunidade anfitriã. A diversidade de práticas de turismo varia em função das especificidades de cada segmento, das características dos territórios em que são praticados, dos serviços disponíveis e pela motivação do turista. O turismo criativo é uma das vertentes do turismo cultural e encoraja o visitante a ter uma interação educativa, emocional, social e participativa com o lugar, sua cultura e seus residentes. Na cidade de Porto Alegre, assim como em todas as cidades turísticas, a segmentação foi uma estratégia utilizada para se atrair visitantes e o segmento criado foi o turismo criativo, que tem incentivado as pessoas a enriquecerem suas viagens, conhecendo um pouco mais sobre a cultura local.

O turismo criativo oferece a oportunidade de ligar os visitantes à comunidade. Salienta-se que desde que implantado em Porto Alegre, houve um aumento na demanda por este tipo de turismo, mesmo com a retração do mercado. Este segmento pode ser desenvolvido em outras regiões do país como meio de fomentar a economia criativa, atraindo visitantes para conhecer a diversidade cultural existente no Brasil, estimulando assim, os próprios residentes a cada vez mais explorarem e divulgarem através deste segmento a cultura local.

O turismo criativo pode se somar à oferta turística de destinos que tenham como vocação principal outro segmento, com vistas a agregar valor aos produtos turísticos ofertados. Desta forma, o turismo na capital gaúcha pode se qualificar cada vez mais e se beneficiar da economia criativa, aumentando seu valor econômico e proporcionando uma interação com a cultura no município de Porto Alegre.

Desta forma o turismo tem na economia criativa um alicerce e uma possibilidade de resgatar e preservar a cultura e a identidade de uma comunidade, através do patrimônio cultural. Este é um tema que merece aprofundamento e que deve ser objetivo de novos estudos, pelo destaque que está recebendo nestes últimos anos.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO ESTATÍSTICO. Síntese do Anuário Estatístico do Turismo 2016. Ano base 2015. Disponível em: http://www.setel.rs.gov.br/conteudo/3415/sintese-anuario-estatistico- de-turismo/mtur-2016-- -ano- base-2015.

BARRETTO, Margarita. Manual de iniciação ao estudo do turismo. 17. ed. Campinas, SP: Papirus, 2008.

BEMTUR. Boletim Estatístico Municipal do Turismo em Porto Alegre. 2015. Disponível: http://www.portoalegre.travel/site/downloads.php.

BEMTUR. Boletim Estatístico Municipal do Turismo em Porto Alegre. 2016. Disponível: http://www.portoalegre.travel/site/downloads.php.

BERTINI, Alfredo. Economia da cultura: a indústria do entretenimento o audiovisual no Brasil: São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Segmentação do turismo e o mercado. 1. ed. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/export/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/Segmentaxo_do_Mercado_Versxo_Final_IMPRESSxO_.pdf.

CONFERÊNCIA. Relatório da 1ª Conferência de Turismo Criativo Porto Alegre 2013. Secretaria de Turismo de Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.portoalegre.travel/site/downloads.php>.

DIAS, Reinaldo. Sociologia do turismo. São Paulo: Futura, 2003.

_____. Introdução ao turismo. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Turismo e patrimônio cultural: recursos que acompanham o crescimento das cidades. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIPE. Estudo de demanda turística internacional Brasil 2014. Ministério do Turismo. FIPE. 2015. Disponível em: < http://www.setel.rs.gov.br/conteudo/3417/apresentacao-estudo-da-demanda-turistica-internacional-mtur-2015---ano-base-2014>.

FIRJAN. Federação das Indústrias Criativas do Rio de Janeiro. Mapeamento da indústria criativa no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.firjan.com.br/economiacriativa/download/mapeamento-industria-criativa-2014.pdf>.

LEITE, Édson. Turismo, hotelaria & lazer. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Sergio. Turismo criativo: além da competitividade: uma experiência do México. In: PANOSSO NETTO, Alexandre; ANSARAH, Marilia Gomes dos Reis. Produtos turísticos e novos segmentos de mercado. Planejamento, criação e comercialização. São Paulo: Manole, 2016. p. 280-291.

MTUR. Ministério do Turismo. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br>. Acesso: 04 nov. 2015.

PANOSSO NETTO, Alexandre. Experiência e Turismo: uma união possível. In: _____.; GAETA, Cecília. Turismo de Experiência. São Paulo: Editora Senac São Paulo, p. 43-55, 2010.

PORTO ALEGRE. O portal do turista. A Cidade. Secretaria de Turismo de Porto Alegre. Disponível em:http://www.portoalegre.travel/site/a_cidade.php. Acesso em: 26 mai. 2016.

REIS, Ana Carla Fonseca. Economia da cultura e desenvolvimento sustentável: o caleidoscópio da cultura. Barueri, SP: Manole, 2007.

UNILASALLE CANOAS RS

T&TCREP. The Travel and Tourism Competitiveness Report 2015: growth throught shocks. World EconomicForum. Geneva. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/TT15/WEF_Global_Travel&Tourism_Report_2015.pdf>.

TURISMO CRIATIVO POA. Porto Alegre Turismo Criativo. Secretaria de Turismo de Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.portoalegre.travel/site/downloads.php>.

UNESCO. Towards sustainable strategies for creative tourism. 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001598/159811E.pdf>.

UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. Relatório de Economia Criativa. 2010. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/ditctab20103_pt.pdf>.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – GOVERNABILIDADE E CONTROLE SOCIAL: O CONFLITO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA

CANOAS, 2016.

TERRORISMO E ESQUECIMENTO: EFEITOS DAS FALHAS DA MEMÓRIA E VERDADE NO CONCEITO DE TERRORISMO NO BRASIL

Rodrigo Luz Peixoto[1]

RESUMO: O presente trabalho busca apresentar de que maneira o não-enfrentamento de questões ligadas à Justiça de Transição levou à atual atitude do Estado brasileiro perante o conceito de terrorismo. A recente aprovação no Congresso Nacional do projeto de lei que tipifica o crime de terrorismo motiva a necessidade de semelhante trabalho, que se preste a realizar uma genealogia das normas sobre terrorismo no Brasil, de modo a melhor situar a avaliação crítica dessas normas. A pergunta se coloca quanto a de que modo o conceito de terrorismo foi afetado pelas práticas transicionais ou ausência destas. A conclusão é de que a opção por uma transição como esquecimento resultou em uma série de confusões e equívocos que impedem um debate democrático esclarecido sobre o conceito de terrorismo no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Justiça de Transição. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

A recente aprovação doProjeto de Lei 2.016/2015 (PL 2.016/15), pelo Congresso brasileiro, reacendeu um debate que, antes do que esquecido, era cuidadosamente evitado ou silenciado. Esse projeto de lei tipifica o crime de terrorismo, inserindo-o na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013). Diante da aprovação de tal projeto, só é possível avaliá-lo adequadamente tendo-se em mente a evolução anterior do conceito de terrorismo na cultura jurídica brasileira. O presente trabalho visa propor essa análise, utilizando-se da genealogia dos discursos sobre terrorismo para poder realizar uma avaliação crítica da redação do PL2.016/15.Opta-se em utilizar a Justiça de Transição como marco teórico, em razão de que o terrorismo era um conceito central na ideologia de segurança nacional que sustentou o regime autoritário entre 1964 e 1988. Portanto, é impossível pensar o terrorismo no Brasil (bem como em quase toda a América Latina), sem levar em conta a questão, colocada pela Justiça de Transição, da superação do autoritarismo pela democracia.

Com tal perspectiva metodológica, a questão se coloca do seguinte modo: "Quais às consequências das políticas transicionais brasileiras para o conceito de terrorismo no país e de que maneira influenciaram no PL 2016/15"? A hipótese, que se apresenta fundamentada, é de que o Brasil falhou parcialmente nos seus esforços de Justiça de Transição, ao adotar inicialmente um modelo de anistia como esquecimento, que consolidou uma ignorância e uma supressão do tema sobre o conceito de terrorismo, e que se reflete na elaboração descontextualizada da legislação atual.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

O conceito de terrorismo é muito incerto. Há várias definições, muitas das quais não possuem nenhum elemento em comum. Os únicos elementos presentes na maioria dos conceitos são o uso da violência, o caráter político do ato, e uma ênfase na sensação de medo gerada(SCHMID e JONGMAN, 2005, p. 5-6). Mesmo assim, não há qualquer consenso nem mesmo sobre esses elementos. Na prática, "terrorismo" é um conceito vago, que é preenchido de maneira diferente em diferentes culturas e tradições, dependendo muitas vezes da abordagem política e ideológica do definidor.

---

1 Bacharel pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, aluno de mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; *rodrigo.luz.peixoto@gmail.com*.

No caso do Brasil, assim como da América Latina em geral, o vocábulo “terrorismo” só surge em escala significativa a partir do Século XX, em especial a partir da segunda metade deste século. A principal motivação desse desenvolvimento é o contexto da Guerra Fria, e esses discursos sobre “terrorismo” surgem, primordialmente, das forças militares. O terrorismo como conceito fora incorporado pelos militares brasileiros, junto com todo um complexo de discursos, a partir do que pode ser chamado “ideologia de segurança nacional”, desenvolvida nos Estados Unidos da América (EUA) pelos militares deste país e absorvida pelas forças armadas de vários países latino-americanos através de programas de formação de pessoal militar, oferecidos pelos EUA à militares latino-americanos(COMBLIN, 1980, p. 134-141).Essa ideologia deixaria sua marca no ordenamento jurídico e na realidade política brasileira por meio do golpe militar de 1º de abril de 1964, a partir do qual se instaurou um regime de mais de vinte anos de autoritarismo e militarização do Estado.

O papel do conceito de terrorismo nesse complexo ideológico é central. Terrorismo, para estes teóricos, é a ação própria do que chamam de “guerra revolucionária”; que, por sua vez, seria a faceta interna de uma “guerra total” entre “Ocidente” e “Comunismo”, ou seja, dos EUA e seus aliados contra a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)e seus aliados(COMBLIN, 1980). Assim, toda ação política era lida como sendo uma traição aos interesses nacionais e uma ameaça à segurança nacional, pois a discordância era o mesmo que atuar a favor do “inimigo” dessa guerra total, e o terrorismo, isto é, o uso de quaisquer meios nessa “guerra ideológica”, é pressuposto, uma vez que a guerra total seria ilimitada.Com isso, inverte-se um tradicional conceito de guerra, de Clausewitz, segundo o qual a guerra é uma continuação da política, por outros meios(CLAUSEWITZ, 1984, p. 605). Para a doutrina de segurança nacional a política é a guerra por todo e qualquer meio disponível, isto é, a política é colocada como mera continuação da guerra total. Pressupondo que esses meios serão usados pelos “inimigos”, isto é, os adversários políticos, chamam qualquer oposição política de “terrorismo”. Contra esse terrorismo pressuposto, os regimes militares, sob a ideologia da segurança nacional, reagem com a ideia de contraterrorismo. O contraterrorismo não é, contudo, a tomada de medidas contrárias ao terrorismo, mas sim a prática de terrorismo de Estado contra os opositores políticos(COMBLIN, 1980, p. 45-6). O que está em jogo, para o regime de segurança nacional, é o controle dos atos terroristas, para garantir que apenas o regime possa praticá-los. Todo aquele que o regime identifica como “inimigo interno” é uma vítima em potencial desse terrorismo de Estado.

A primeira manifestação do termo “terrorismo”, no Brasil, é ainda anterior à implantação do regime militar, mas já possuí algumas raízes em comum com a prática daquele regime. Trata-se do Decreto-Lei 394/1938 (DL394/38), que previa que não haveria extradição por crime político, mas que poder-se-ia extraditar acusados por crime de terrorismo. Primeiramente, destaca-se a origem autoritária, sendo publicada no ápice do autoritarismo do Estado-novo, por decreto-lei do presidente-ditador. Em segundo, nota-se a caraterística discricionariedade política do conceito, visto que não há nada de concreto para diferenciar o criminoso político do “terrorista”, além da preferência política do regime. O Estado Novo também se preocupou em criar a primeira versão da Lei de Segurança Nacional (LSN), que seria continuamente um foco da discussão sobre terrorismo e da prática da repressão política no Brasil.

Em 1953, a LSN sofre sua primeira reforma, pela Lei 1802/1953, que inclui em um de seus tipos a posse de armas de guerra, explosivos e “instrumentos de terror” (art.16) e em outro o crime de incitar o terror (art. 4º, II). Mais uma vez, não há qualquer definição, ficando tipos penais em aberto. Apesar dessas ocorrências, o terrorismo passa a ser uma grande questão jurídica a partir de 1967, quando mais uma vez a LSN é reformada, dessa vez sob o regime militar, que utilizou a Lei de Segurança Nacional para criminalizar os opositores políticos perseguidos pelo regime.

Na Lei de Segurança Nacional do autoritarismo militar (Decreto-Lei 314/1967), o terrorismo surge no art. 25:

> Praticar massacre, devastação, saque, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação, atentado pessoal, ato de sabotagem ou terrorismo; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais administrados pelo Estado ou mediante concessão ou autorização: Pena - reclusão, de 2 a 6 anos

Mais uma vez, um tipo penal indefinido, deixado em aberto. Como o art. 4º dessa versão da LSN obrigava o judiciário a interpretar o Direito de acordo com as diretrizes da Segurança Nacional, que são explicitadas nas disposições preliminares da LSN, a interpretação judicial só podia acabar se voltando contra os "antagonistas internos" da Segurança Nacional (art. 3º), isto é, contra dissidentes políticos. Ao longo das sucessivas reformas da LSN ao longo da ditadura, a duração da pena varia, mas o tipo dos "atos de terrorismo" permanece sempre indefinido, como uma cláusula penal em aberto,à espera da discricionariedade do julgador atrelado às diretrizes de Segurança Nacional.

Quando o regime militar começa a dar mostras de seu desgaste, sobrevém a Lei de Anistia (Lei 6.683/79). Havia um forte movimento da sociedade civil em defesa de uma anistia ampla, geral e irrestrita aos perseguidos políticos, no que pode ser definido como primeira fase da luta pela anistia, entendida como "anistia como liberdade" (ABRÃO e TORELLY, 2013, p. 113-114). A Lei de Anistia, no entanto, não era irrestrita, porque aqueles que eram acusados de sequestro, atentado pessoal e terrorismo não podiam se beneficiar dessa anistia (art.1º, §2º da Lei 6.683/79). Assim, era justamente o terrorismo, tipo penal em aberto extremamente útil ao autoritarismo, um dos tipos restringidos do direito à anistia. Porém, a Lei de Anistia consagrou ainda uma autoanistia aos agentes do regime, isto é, para aqueles funcionários públicos que cometeram crimes em meio à repressão.[2] Essa anistia "bilateral" era colocada pelo regime militar, em sua decadência, como uma determinação de um esquecimento mútuo, cedendo uma anistia restrita aos dissidentes criminalizados politicamente em troca da impunidade das violações de direitos humanos cometidas pelos agentes do regime. Porém, não se trata de uma anistia bilateral, mas de duas anistias distintas, correspondentes a demandas políticas opostas em disputa(ABRÃO e TORELLY, 2013, p. 115).

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) à Constituição de 1988 não recebeu essa ideia de anistia como impunidade e esquecimento, e desenvolveu uma ideia de anistia como liberdade e reparação coerente com a segunda fase da luta pela anistia(ABRÃO e TORELLY, 2013, p. 112)em seus dispositivos.

Por parte de alguns movimentos sociais, é possível visualizar-se na atualidade uma nova fase da luta pela anistia, que coloca em questão a validade da autoanistia e que pauta "justiça e verdade" como significantes para compreender as anistias no processo de transição brasileiro(ABRÃO e TORELLY, 2013, p. 126). O conceito de terrorismo, inserido enfaticamente no Direito brasileiro pelo regime militar, passa a ser questionado como resultado dessa nova fase. Daí surgem questionamentos sobre a diferenciação entre terrorismo, para notar que este não pode ser confundido como direito de resistência dos opositores políticos(SILVA FILHO, 2015). Grande parte da cultura jurídica brasileira, porém, seguiu reproduzindo o discurso do esquecimento.Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) repete o discurso da anistia como impunidade e esquecimento e da bilateralidade, na ADPF 153, para isentar de julgamento as violações de direitos humanos do regime militar.

O esquecimento se opõe a um dos pilares da Justiça de Transição, qual seja, a busca da Memória e da Verdade(TORELLY, 2012, p. 114). A consequência dessa falha em construir a memória, da política do esquecimento intencional é a perda das "verdades" históricas, isto é, de toda uma série de narrativas e discursos, ainda que divergentes e opostos, que poderiam conectar e dar um sentido aos conceitos.

---

[2]Importante lembrar que o Brasil já havia internalizado, através do Decreto 42.121/1957, a Convenção de Genebra sobre Crimes contra a Humanidade, que proibia o terrorismo de estado junto com as penas coletivas.

Poucos conceitos são tão afetados por esse silenciamento do debate quanto o terrorismo. Por se tratar de um conceito indefinido e com muitas variações, a persistência do discurso único do regime repressivo torna o terrorismo ininteligível. Não é possível se compreender o que pode ser terrorismo ou mesmo criticar o próprio conceito, visto que este é isolado de qualquer preconcepção pelo esquecimento intencional da história que forma o seu contexto.Toda compreensão depende das preconcepções dadas por uma tradição histórica, que nos permita compreender as coisas a partir de sua historicidade(GADAMER, 2008).Assim também para compreender a ideia de terrorismo. A ignorância histórica do passado autoritário e indeterminado do conceito de terrorismo, gerada pelo fraco desenvolvimento da Memória e Verdade na transição brasileira, vai apresentar suas consequências sobretudo em dois julgamentos do STF, sobre extradição de doisacusados de terrorismo: Cesare Battisti (Extradição 1.085) e Segundo Panduro Sandoval (Prisão Preventiva para Extradição 730).

No caso de Battisti, o STF tomou esforços consideráveis para evitar discutir terrorismo.O ponto central é que Battisti buscava, à época do julgamento, a condição de refugiado no Brasil.Fundamentando a denegação do refúgio, para apoiar a extradição, o ministro Lewandowsky cita a Lei 9.474/97, cujo art. 3º, III, exclui da condição de refugiados aqueles que tenham cometido "o crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo ou participado de tráfico de drogas ou atos terroristas". Apesar de Battisti ser acusado de terrorismo na Itália, em razão de um assassinato, e de a vedação de refúgio conter a hipótese de "participação em crimes de terrorismo", Lewandowsky optou, surpreendentemente, por apenas citar genericamente um "crime hediondo" contra Battisti, e não o crime de terrorismo.Lewandowsky deixa a entender que o crime hediondo cometido seria o homicídio. O tema do terrorismo era recorrente no caso, e evitá-lo surge mais como uma omissão voluntária do que simples desinteresse. Tendo em vista que, à época da decisão, haviam ainda vários dispositivos que traziam o terrorismo como suporte fático sem revogação explícita, uma definição de terrorismo pelo o STF teria o efeito potencial de um "disparador" de questões até então adormecidas, e que trariam grandes controvérsias e imensa repercussão política. Diante de uma tal complexidade, o caminho do "crime hediondo" indefinido se configura como uma opção segura e tímida, para evitar maiores conflitos jurídico-políticosatravés de um "desvio hermenêutico".

No caso de Segundo Sandoval, porém, não havia esse caminho para a corte escapar à definição do terrorismo. A investigação penal peruana que motivou o pedido de Prisão Preventiva para Extradição 730 acusava Sandoval, explícita e unicamente, de "delito de terrorismo". Surgiu assim a questão entre os julgadores do STF, quanto à possibilidade de equivaler o "delito de terrorismo" peruano com algum tipo penal do Direito brasileiro. Apesar de fundamentado principalmente na questão formal da ausência de informações mais precisas da República do Peru sobre o crime, o voto do relator reconheceu explicitamente, com base em vários doutrinadores brasileiros, que não havia um tipo penal de terrorismo no Direito brasileiro à época. Isso representa um certo avanço, pois reconhece o dito pela doutrina, de que todas as consequências jurídicas do suporte fático 'terrorismo' não podem produzir efeitos, porque não há a definição do tipo penal de terrorismo. Porém, logo após, matiza esta conclusão, citando autores que sustentam a existência de delito de terrorismo no direito penal brasileiro para afirmar que há divergências na doutrina. Por fim, incorre naquilo que é uma verdadeira tendência nos debates sobre terrorismo no Brasil: apela às fontes e ao Direito Internacional, diante da desorientação que está dada na realidade brasileira. No entanto, não encontra nem mesmo no Direito Internacional fundamento para definir o delito de terrorismo. A ação foi, assim, declarada extinta.

O julgamento do pedido de extradição de Segundo Panduro Sandoval representou, no final de 2015, a definição jurisprudencial de um longo debate, porém o fez de maneira a não desenvolver conceitualmente o tema. Com isso, persiste a confusão e desorientação sobre terrorismo, com fundamento no esquecimento.

O posicionamento do STF no sentido de que não havia delito de terrorismo tipificado na legislação brasileira, ainda que vacilante, não pode ser visto de modo algum como insignificante. É

importante lembrar que, em pleno período democrático, o Ministério Público brasileiro já havia tentado enquadrar como "terroristas" determinadas ações do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), no caso Fazenda Coqueiros, atitude que foi pesadamente criticada pelo enquadramento inadequado com relação ao terrorismo (CARVALHO, TANGERINO e D'ÁVILA, 2012).

O Projeto de Lei2.016/2015, por fim, expressa mais uma vez essa desorientação, seguida do apelo a respostas prontas do Direito Internacional. Antes do PL 2.016/15, houveram várias outras propostas de tipificação do crime de terrorismo no Brasil, variando entre propostas de tipos penais definidos por dano a propriedade, por violência contra a pessoa, bem como definições abertas como "causar terror". O volume desses projetos aumenta especialmente em 2013, motivado pelas "jornadas de junho" e a espetacularização midiática das manifestações, especialmente em cima da tática do Black Block, etiquetada como "terrorismo" em algumas manifestações midiáticas. Porém, nenhum desses projetos de lei chegou a causar movimentação suficiente no Congresso para avançar até a votação por qualquer das casas do Congresso. A articulação definitiva que leva à votação do PL2016/15 é a sua autoria, oriunda do Poder Executivo.

O PL 2016/15 expressa, em grande medida, a preocupação internacional com terrorismo, e é motivado principalmente pela realização de Olimpíadas no Brasil. A abordagem legislativa é visada a criminalizar organizações inteiras, pois modifica a lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) para incluir a "organização terrorista". Há uma definição pouco fechada de terrorismo, composta por três elementos típicos: a finalidade de causar terror ou coagir autoridade a fazer ou deixar de fazer algo (fim desejado pelo agente); somada a razões ideológicas, políticas ou de preconceito (fundamento da ação); e à exposição de pessoas ou patrimônio à perigo (forma praticada). Essa definição de terrorismo afeta a organização, e todos os membros da organização dita "terrorista" passam a ser criminalizados. Esse núcleo central da Lei Antiterrorismo já é bastante criticável por vários motivos: 1) a fundamento político da ação mantém a ambiguidade característica entre crime político e terrorismo, a qual fica a cargo da discricionariedade (e da ideologia política) do julgador; 2) "finalidade de causar terror" ainda é uma categoria demasiado indefinida; 3) o tratamento indistinto entre pessoas e patrimônio; 4) A determinação de pena coletiva, na medida que atinge toda a "organização" e não só os praticantes do ato. Nota-se do primeiro problema, isto é, a motivação política ou ideológica como fator criminalizante, que não houve um aprendizado, a partir dos abusos autoritários da ideia de terrorismo, que conduzisse a evitar-se a criminalização da visão política do sujeito, sujeita à arbitrariedade do julgador. Os demais aspectos do projeto demonstram, porém, que este não foi elaborado com vistas à realidade político-social brasileira cotidiana, mas com vistas às pressões internacionais.Destaca-se a criação do crime de recrutar, treinar, municiar ou até mesmo transportar indivíduo, desde que com a "finalidade terrorista", que não resida no país, bem como de receber treinamento fora do país com essa finalidade.A consequência da criminalização do transporte de seres humanos com base em uma intenção subjetiva de difícil averiguação pode demonstrar-se desastrosa para a política migratória. Mas essa criminalização revela a verdadeira preocupação dos autores da lei antiterrorismo, isto é, o terrorismo internacional. Trata-se de uma resposta a compromissos internacionais originados do conflito dos Estados Unidos e de alguns países da Europa com o "terrorismo islâmico", que foram firmados pelo Brasil. Assim como a criminalização interna do financiamento de "organização terrorista" é uma resposta à Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, internalizada no Brasil pelo Decreto 5.640/2005. Que o Projeto de Lei Antiterrorismo é escrito para responder à pressão internacional sobre o tema, especialmente dos Estados Unidos e de países da Europa Ocidental, é explicitado em sua motivação, assinada pelos ministros da Justiça e da Fazenda:

> As organizações terroristas caracterizaram-se nos últimos anos em uma das maiores ameaças para os direitos humanos e o fortalecimento da democracia. Atentados em grande escala, praticados por grupos bem treinados, ou mesmo atos individuais,

> exercidos por pessoas sem qualquer ligação com um determinado grupo, aterrorizaram populações inteiras ou determinadas minorias.
> Diante desse cenário, como um dos principais atores econômicos e políticos das relações internacionais, o Brasil deve estar atento aos fatos ocorridos no exterior, em que pese nunca ter sofrido nenhum ato em seu território(Grifei).

O resultado é um projeto totalmente alheio à realidade brasileira, que não apresenta nenhum aprendizado das experiências autoritárias sofridas pelo Brasil enquanto comunidade política. Não há, porém, grande dano imediato à liberdade de expressão constitucional dos movimentos populares, em razão da exigência concomitante da forma praticada, isto é, do perigo à pessoa ou ao patrimônio, que reflete os crimes contra a pessoa e patrimônio já previstos. O que o projeto arrisca causar, porém, é um desequilíbrio na dosimetria da pena de autores comprovados desses crimes, por motivos ideológicos e pela indiferenciação entre patrimônio e seres humanos colocada. Além, o outro risco é, em razão da penalização atingir todos os sujeitos vinculados à associação interpretada como terrorista, incorrer-se em verdadeira punição coletiva, proibida pela Convenção de Genebra, ao determinar a prisão de indivíduos de uma associação tida por terrorista, mas que não tiveram nenhuma responsabilidade individual em qualquer ato que exponha patrimônio ou pessoa a perigo. Reflete-se, assim, um projeto alheio a realidade, com problemas e pontos muito criticáveis, voltado apenas à resposta perante atores políticos externos e incapaz de compreender e relacionar-se historicamente com o contexto que o cerca.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da metodologia utilizada, nota-se que há uma vinculação originária entre o autoritarismo do regime militar e o conceito de terrorismo, especialmente no que tange ao uso deste para a criminalização através de tipos abertos. O modelo de transição política que prevaleceu de fato no Brasil incorre em uma grande falha no campo da Memória e Verdade, em grande parte em razão da transição controlada pelos militares e pela autoanistia forçada como esquecimento e impunidade.Combinada com a ampla legislação autoritária sobre o tema do terrorismo, que sempre deixou esse conceito em termos abertos à discricionariedade do julgador ao mesmo tempo que restringia a discricionariedade pela vinculação legal à ideologia de segurança nacional, essa perda de memória se reflete em uma ausência de preconcepções e de tradição de debates que possam esclarecer a ideia de terrorismo.Como resultado, temos uma postura vacilante do STF com relação ao terrorismo no período democrático, mas que reconhece na abertura do tipo um impedimento à sua aplicação criminalizante. Essa desorientação histórica do campo jurídico resulta nas falhas identificáveis no PL 2.016/2015, porquanto é um projeto de lei alheio ao contexto de sua realidade e que não traz respostas adequadas à realidade político-social local, se limitando a configurar um sinal de anuência a pressões externas, surgidas no Direito Internacional, a partir de conflitos aos quais o Brasil é, reconhecidamente, alheio. Assim, conclui-se que a falha brasileira na Justiça de Transição, em relação à memória e verdade, tem conexão com uma série de confusões e equívocos sobre a ideia de terrorismo no direito brasileiro, e que se veem refletidos na legislação nacional, em especial no equivocado projeto de lei antiterrorismo atual.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P.; TORELLY, M. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: SILVA FILHO, J. C.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. Justiça de Transição nas Américas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-131.

CARVALHO, S.; TANGERINO, D. D. P. C.; D'ÁVILA, F. R. O Direito Penal na “Luta contra o Terrorismo”: Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do

Movimento dosTrabalhadores Rurais Sem-Terra. Revista Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 1-21, jan-jun 2012.

CLAUSEWITZ, C. V. On War. Tradução de Michael Howard e Peter Paret. Princeton: Princeton University Press, 1984.

COMBLIN, J. A Ideologia de Segurança Nacional: o poder militar na América Latina. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GADAMER, H.-G. Verdade e Método. Tradução de Flávio Paulo MEURER. 10ª. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2008.

SCHMID, A. P.; JONGMAN, A. J. Political Terrorism: a new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature. 2ª. ed. New Brunswick: Transaction, 2005.

SILVA FILHO, J. C. M. D. O Terrorismo de Estado e a Ditadura Civil-Militar no Brasil: direito de resitência não é terrorismo. In: SILVA FILHO, J. C. M. D. Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 147-158.

TORELLY, M. D. Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perpectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Decreto n. 42.121, de 21 de agosto de 1957. Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Decreto n. 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Câmara. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5640.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 394, de 2 de abril de 1938. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0394.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 314, de 13 de março de 1967. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Lei n. 1.802, de 5 de janeiro de 1953. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Projeto de Lei 2.016/2015. Câmara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1350712&filename=PL+2016/2015>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 11 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1.085. Requerente: Governo da Itália; Extraditado: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso.16 dezembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em 11 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Prisão Preventiva para Extradição 730. Requerente: Governo do Peru; Extraditado: Segundo Panduro Sandoval. Relator: Min. Celso de Mello. 16 dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866348>. Acesso em 11 mar. 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

CRIMINOLOGIA E CULTURA: ENTRE O CONTROLE E OS ESPAÇOS DA CIDADE

Guilherme Michelotto Böes[1]
Mateus Vieira da Rosa[2]

RESUMO: O presente trabalho procura compreender o controle dos espaços públicos na relação mais ampla entre os grupos urbanos e as agências de controle social. O objetivo principal é identificar os aspectos culturais que agora estão presentes e representados entre as diferentes dinâmicas de exclusão social, que se postam diante do capitalismo tardio, em uma crítica à análise do crime, do criminoso e das agências penais. Aproximamos as teorias antropológicas contemporâneas no referencial metodológico que definirá o contexto para a "invenção da cultura" urbanas, com a possibilidade de a criminologia compreender a dimensão cultural que emerge pelos influxos da modernidade tardia. Cidades estabelecem fenômenos de identidade social nos espaços públicos, seus significados são contestados e todo tipo de resistência ocorre. Apresentamos alguns questionamentos da problemática de poder sobre culturas urbanas, pela abertura entre Criminologia e resistência cultural nos espaços de ordenação da sociedade. Pesquisar a cidade a partir de sua existência cotidiana é encontrar identidades de resistências como constituição de sociabilidade e compreender os conflitos que as políticas urbanas acabam por gerar em suas tentativas de regulamentar os usos dos espaços públicos urbanos. A Criminologia deve estar atenta a essas complexas interpretações das ações humanas, despida de um reducionismo materialista da realidade na qual insere a cultura. Analisar culturas urbanas sincronicamente com a cidade e a criminologia, envolve uma etnografia 'marginal' para desconstruir o realismo das imagens simbólicas sobre o espaço público e as culturas transgressivas nos espaços da cidade como análise mais ampla de um ato de realizar circulação e inscrição cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia cultural. Cidade. Controle social. Etnografia

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O controle social nos espaços públicos t3m se manifestado como imposição de dissimuladas opressões das forças macroestruturais nas culturas urbanas. Assim compreender o controle dos espaços públicos na relação mais ampla entre os grupos urbanos e as agências de controle social, a criminologia interroga a estética das culturas urbanas e a autoridade legal a partir de considerações sobre a realidade contemporânea que parte a invenções das culturas em seus espaços.

O objetivo principal é identificar os aspectos culturais que agora estão presentes e representados entre as diferentes dinâmicas de exclusão social, que se postam como resistências profanas (LINCK, 2014), o emprego de técnicas de controle social está além da análise do crime, do criminoso e das agências penais. A interrogação crítica para esses objetivos é considerar a representação que culturas adquirem com a aproximação de seus atos em categorias da criminalidade, policiamento, punição.

Certamente que a imagem que *grupos* culturais adquirem com essa taxação transmite uma representação própria na invenção de seus significados que emergem como estratégias de resistência cultural.

Portanto, na necessidade de a criminologia se aproximar das teorias antropológicas contemporâneas, definirá o contexto para a "invenção da cultura" urbanas, com a possibilidade de a criminologia compreender a dimensão cultural que emergem pelos influxos da modernidade tardia.

Nas cidades estabelecem fenômenos de identidade social em seus espaços públicos. Significados são contestados e todo tipo de resistência ocorre (FERRELL, 1996). Partindo dessas

---

1 doutorando em Ciências Sociais PUCRS (FAPERGS/CAPES), Mestre e especialista em Ciências Criminais, pesquisador integrante GPESC/PUCRS, *guilherme.boes@gmail.com*
2 graduado em Ciência Jurídicas e Sociais UFSC, advogado criminalista, *mateusvrosa@gmail.com*

perspectivas, apresentamos alguns questionamentos da problemática de poder sobre culturas urbanas, pela abertura entre Criminologia e resistência cultural nos espaços de ordenação da sociedade; um embate constante entre forças de racionalização e possibilidade existencial. Pesquisar a cidade a partir de sua existência cotidiana é encontrar identidades de resistências como constituição de sociabilidade e compreender os conflitos que as políticas urbanas acabam por gerar em suas tentativas de regulamentar os usos dos espaços públicos urbanos.

A Criminologia deve estar atenta a essas complexas interpretações das ações humanas, despida de um reducionismo materialista da realidade na qual insere a cultura. Analisar culturas urbanas sincronicamente com a cidade e a criminologia, envolve uma etnografia 'marginal' para desconstruir o realismo das imagens simbólicas sobre o espaço público e as culturas transgressivas nos espaços da cidade como análise mais ampla de um ato de realizar circulação e inscrição cultural.

2 A ANTROPOLOGIA NA CRIMINOLOGIA

Para alcançar a questão metodológica e a investigação das culturas urbanas na cidade inicialmente abordamos no contexto da antropologia que Peirano (1999) apontou como “problema antropológico no Brasil”: a concepção de seu estudo como uma “eterna” busca da alteridade radical. Isso é, o fazer antropológico só seria possível diante do deslocamento geográfico do pesquisador para áreas exóticas e pesquisar tribos, os índios e suas formas de viver a partir da visão como um estrangeiro.

O Brasil, nesse caso, como aponta Peirano, é um campo etnográfico privilegiado onde realizar etnografia é a ideia de aproximar sempre a alteridade antropológica. Teremos da alteridade radical a possibilidade de um contato próprio com a alteridade o que possibilitará que as distâncias geográficas não sejam interpretadas como um estrangeiro na cultura, mas o seu reconhecimento como outro, da alteridade próxima. O seu momento da cultura urbana que se desenvolve junto com a sociologia urbana. O processo das relações sociais que a sociedade urbana brasileira produz a partir do seu crescimento demográfico na década de 80 traduziu em diferenças que não se caracterizam como exóticas, mas elas são culturais, sociais, políticas, econômicas, religiosas e territoriais (PEIRANO, 1999, p.226).

Ter a cidade como objeto de estudo é o desafio que se posta diante das Teorias Antropológicas Contemporâneas. As investigações sobre o impacto da cultura de consumo têm estruturado psicologicamente e fisicamente os espaços urbanos em níveis individuais de emoções subjetivas. Apontamos aqui a antropologia periférica discutida por Peirano na contextualização da Antropologia brasileira com as demais áreas das Ciências Sociais. Isso é: ela oferece elementos fundantes para detectar seus próprios centros metropolitanos. Dentro desse processo de alteridade na antropologia é que se encontram os estudos sobre os espaços das cidades e culturas urbanas no Brasil, e na relação com a experiência urbana.

Se a alteridade antropológica no Brasil é tida como próxima, isso mostra que a sociedade ainda se manifesta como diferenças de classes, raças ou consumo “cultural”. Não há uma alteridade mínima, onde poderíamos integralizar o ambiente urbano e seu espaço como modelo de reinvindicações próximas e plurais. Mas essa proximidade é um modelo que inclui pelo sistema capitalista, mas por tornarmos tão próximos, amplia a invisibilidade daqueles que se encontram no mesmo ambiente espacial. Realizar essa antropologia plural (PEIRANO, 1999, p.227), nos levou a aproximar todas essas áreas das ciências humanas diante comparações com os desenvolvimentos das cidades modernas e a própria cultura urbana que se inventam. Já que realizar uma antropologia na cidade, a partir dos espaços de controle que emergem da cidade, mostra que devemos interrogar as suas culturas dentro dos estudos que compreendem esse ambiente urbano que perfazem toda a identificação social no mundo globalizado.

Ao dialogar com Roy Wagner, MALUF (2010) parte de uma compreensão da antropologia como prática que resgaste sua “potência criativa” e política, considerando as transformações de nossas práticas cotidianas. A transformação do mundo legitimou o campo antropológico além de suas

aplicações teóricas. Da leitura de Wagner possibilita a questão de imaginar a antropologia contemporânea em seus potenciais diálogos com outros campos do conhecimento científico, do conhecimento humano a qual emergem as culturas urbanas na modernidade. A invenção da cultura pelo pesquisador permite que o sujeito e objeto investigado apontem as distintas relações que se tem pensado o indivíduo urbano com seu individualismo perante "o resto". (MALUF, 2010, p.48)

Na construção investigativa possibilita confrontar a sociedade "tradicional" além do estudo de "nosso" modelo de viver em sociedade. Esse diálogo entre as diversas teorias das ciências sociais permitem o diálogo com o campo antropológico na ideia de uma "multiplicidade dos modos de invenção e dos modos de diferenciação", onde as culturas se inventam. (MALUF, 2010, p.53-54)

Portanto, delimitar a compreensão do controle social além de sua abordagem no direito, e principalmente no direito penal como política pública, tenciona-se para que a metodologia de pesquisa antropológica está envolta nas complexas dinâmicas das relações sociais na modernidade tardia. Desde a imaginação de uma cidade altamente conectada por suas vias de trânsito, ao indivíduo em passagens por elas. A composição desses espaços em suas macroestruturas culturais, das forças que determinam seu ritual de socialização. A visão da Escola de Chicago sobre o quão poderoso é a cidade como elemento de história humana e as complexas relações sociais que na prática cultural e urbana se envolvem e desenvolvem o conhecimento social.

A Antropologia urbana brasileira teve seu grande "salto" com os estudos de Gilberto Velho sobre a cidade do Rio de Janeiro. Com esse autor a etnografia encontra seu desafio de sociedade em sua alteridade próxima e mínima conforme apresentada por Peirano (1999). A cidade, a vida metropolitana é o momento em que a sociedade se posta em seus limites pela etnografia, desde sua análise como "primitiva" ao caos que engrena nos seus espaços desenvolvidos pelo urbanismo. Peirano vê na aproximação da Antropologia desenvolvida por Gilberto Velho com aproximação dos estudos da Escola de Chicago a possibilidade de se estudar os temas mais sensíveis do ambiente urbano. Tendo esses estudos uma abordagem que até então era realizada pela Sociologia a partir das teorias marxistas. Romper essa abordagem significou analisar não somente os seus fenômenos, mas as próprias condições de sociabilidade na cidade (PEIRANO, 1999, p.242).

UNILASALLE RS CANOAS-RS

Na necessidade de o pesquisador estar em seu "processo de autodimensionamento paralelo e complementar" (VELHO, 2013, p.27), o objeto de pesquisa na antropologia se posta no ambiente urbano brasileiro em suas múltiplas expressões nos espaços das cidades. Já que desde o urbanismo moldou as estruturas dos espaços urbanos e suas relações sociais nos grupos culturais urbanos. Transformando suas aspirações de luta e reconhecimento para a preservação do respeito próprio em seu ponto de vista social. Desse modo a antropologia brasileira já vem desenvolvendo seus tópicos a cerca da relação entre sociedade, minorias e cidade.

Interessa, nesse trabalho, traçar a antropologia como possibilidade teórica e metodológica com as diversas áreas das Ciências Sociais e Humanas, sem uma tentativa de legitimar essa pesquisa e os autores como cientista social ou antropólogo. Nossa preocupação parte inteiramente com um objetivo de "efetivo diálogo" com diversos estudos das áreas (PEIRANO,1999, p.246).

Retomamos *A utopia urbana* de Gilberto Velho (2013), em sua introdução o autor crê que a falta de resultados aos problemas metodológicos das pesquisas no ambiente urbano é a preocupação de traçar limites rígidos entre o que seria uma investigação propriamente antropológica ou sociológica, e ampliamos essa definição na Criminologia. De fato que situar ou definir as séries de variáveis restringem a própria possibilidade do pesquisador em situar-se no ambiente e objeto a pesquisar. O processo de fazer antropologia *at home* que os estudos culturais se auto definem e a antropologia inglesa se posta como Etnografia.

3 CONTESTANDO A CIDADE E O CONTROLE SOCIAL

Os significados sobre os espaços públicos são contestados nessas diversas políticas dos que ocupam esses lugares. Tal como tivemos algumas manifestações sobre a qualidade do transporte público municipais em todo o país em 2013. O grupo anarquista Massa Crítica, esse grupo de ciclistas que promovem encontros para a utilização do espaço da cidade como forma de "uma celebração para quebrar a monotonia, mecanicidade e agressividade do trânsito urbano, levando alegria e outros elementos mais humanos – braços, pernas e rostos – ao asfalto".

É durante o momento em que eles estavam, numa sexta-feira a noite, realizando a sua tradicional circulação de bikes pela Cidade de Porto Alegre, ocorreu um atropelamento em massa. A Massa Crítica na cidade fragmentada pelos espaços em disputas sofreu, senão, um dos maiores atropelamento coletivo desde suas manifestações. As notícias desse atropelamento circularam o mundo entre as mídias sociais e tradicionais. Essa cultura pode atribuir seu significado com uma incorporação nos espaços de atividade humana como contracultura, subcultura. São manifestações que condicionam nossas tradições em momentos de reinvenções das formas de "linguagem" e dependem de uma atribuição de autoridade sobre elas para causar impacto. Roy WAGNER (2015, p.159) atribui esse significado como momento de uma "cultura interpretativa" que irá apresentar um sentido de viver a vida cotidiana projetando sua imagem sobre questão social e tendo uma aplicação significativa sobre a vida das pessoas. Há diante de uma objetificação das relações sociais pela normalização da vida cotidiana, uma imagem social que inclui o projetado, imaginado pelo estilo de vida cultural convencional.

As experiências que baseiam esse estilo de vida provoca uma "abertura" sobre os significados contestadores que as culturas marginais baseiam suas fascinantes vidas errante. Produzindo significados de experiência sobre os comportamentos provocativos e inusitados, essas culturas que ocupam os espaços públicos, sejam na forma de moradia, ou até mesmo da arte urbana, há nesse ambiente outras manifestações que carregam significados não-convencionais. Esse é o resultado do incremento de significado cultural criado entre uma movimentação nos espaços urbanos. Por exemplo, é as atividades dos ciclistas, e suas manifestações a partir da Massa Crítica e os protestos nas ruas das cidades.

Jeff FERRELL (2001) desenvolve a compreensão que os significados da cultura de consumo devem vir a ser pesquisadas sobre políticas do espaço urbano. Dessa forma analisou etnograficamente a *transmortificação* dos espaços públicos urbanos a partir de uma concepção anárquica. Aponta que a produção cultural do espaço urbano está orientada primeiramente para seu uso pela indústria, pelo comércio, para o trabalho e posteriormente para o consumo: espaços como símbolos de consumo e diversão, sendo assim a diversão só se dá através do próprio consumo de produtos fornecidos pela indústria cultural.

Sintomático dessa compreensão de definição da cultura como subproduto industrial, e sobretudo a partir de um consumismo desenfreado que afeta o capitalismo tardio, é seu *Empire of Scrounge*. E é nesse estudo que FERRELL (2006) apresenta sua faceta etnográfica talvez mais acentuada – e inspiradora. Do estável cargo de professor universitário às desventuras diárias como catador de lixo, enfim se compreende que "apesar de suas designações acadêmicas, criminólogos não podem fazer seu trabalho bem se estiverem confinados ao estudo do 'crime', já que os crimes de um determinado momento histórico geralmente não são crimes do próximo". Na sua completa imersão em seu objeto de estudo alcança então a marginalidade da cultura do lixo e sua constante tensão com o controle social posto que disciplina o espaço público "ideal". Com efeito, "para muitos que já avistaram um catador vasculhando uma pilha de lixo, ou emergindo de um container cheio de lixo, a moralidade desse trabalho é também marginal; selecionar o lixo da cidade é engajar em todos os tipos de desagradáveis questões como limpeza, propriedade, perigo e carreira desviante".

Ademais, dentro dessas e outras experiências de pesquisas etnográficas o autor se deparou ao uso do automóvel no contexto de padronização e rotinização da vida cotidiana. No constante contato com grupos *Critical Mass* e *Reclaim the Street* para promoverem atos e atividades contrárias ao uso de carros, os seus encontros públicos permitem que as pessoas tenham a contemplação da Cidade. Partindo

de uma análise no engajamento político de grupos anárquicos que se encontram na cidade, e a interação desses para melhorar as formas de uso dos espaços públicos (as ruas), Ferrell apontou que as políticas públicas de exclusividade no uso desses ambientes tem uma manutenção de "guerra" contra os "forasteiros" na cidade, partindo do controle sobre eles promove uma marginalização sob os aspectos sociais em que se encontram nas cidades.

Particularmente afeto a essa dialética constante *outsiders* x *common folk* se verifica em outro vanguardista estudo desenvolvido por Ferrell sobre o grafite urbano na cidade de Denver nos EUA. Em *Crimes of Style: urban graffiti and the politics of criminality* explora os mais diversos conflitos que emergem das visões opostas de compreensão da cidade. Se por um lado se tem uma visão hermética e padronizada de utilização dos espaços urbanos, com definição precisa e imposta de propriedade, o grafite subjaz em si uma dimensão mais fluida desses conceitos. Isso porque se faz presente uma forte noção anarquista de resistência à autoridade, de insubordinação. Em sua realização, o grafite apresenta como marca a surpresa e o mistério, tanto a partir do momento de sua prática quanto pela dificuldade em visualização de seus praticantes. Igualmente, o "grafite incorpora a dialética entre estruturas e situações do crime. A escrita do grafite em Denver e demais localidades se descortinam dentro de sistemas de dominação legal e econômica, sistemas que garantem acessos desiguais à propriedade privada e recursos culturais".

Essas possibilidades anárquicas de se envolverem com os espaços das cidades é um movimento em direção da inclusão e desordem, evitando o uso dos movimentos sociais como exclusão e incrustação. Vistos como parte de movimentos culturais sem organização, essas possibilidades desorganizativas tem vantagens por suas espontaneidades alterar a natureza dos espaços públicos e com isso encaminhar um movimento da cidade através de suas novas formas espacial de justiça e comunidade urbana. Toda a forma de defender a "abertura do espaço público" é um desafio para se evitar a iniquidade, diferença, e incerteza de deslocar em suas vias (ruas). Com suas exclusões sobre as culturas que se apresentam para as autoridades como um desvio de suas práticas normativas através da opressão policial, jurídica-política e social (FERRELL, 2001, pp.238-239).

UNILASALLE CANOAS-RS

Em um contexto de modernidade tardia, que invalida e exclui qualquer possibilidade de certeza existencial, a formação e desenvolvimento de identidades subculturais que redefinam a forma de usufruir das cidades se torna cada vez mais relevante. Isso porque conceitos tradicionais e ortodoxos que antes de tudo as definiam foram esfacelados pelas transformações culturais e econômicas vivenciadas sobretudo a partir dos anos 60.

Como bem definia YOUNG (2004), o advento da modernidade tardia se caracteriza pelo constante questionamento de verdades estabelecidas, crescimento de uma autorreflexão, a falta de uma "trajetória de vida" e a constante confrontação com uma pluralidade de mundos sociais e crenças. Essa pluralidade, comenta, é originada por três fontes principais: a i) diversificação dos estilos de vidas como resultado de um crescente individualismo; ii) uma maior integração social pelo encurtamento das fronteiras espaciais e pela atenuação das diferenças sociais como consequência de uma proliferação da mídia de massa; e iii) a imigração de pessoas provenientes de outras sociedades. Toda essa complexidade dá lugar a um sentimento de "insegurança ontológica". Como reposta, há repetida tentativa de criar uma "base segura", seja a partir de uma consciência pretensamente hegemônica do meio social ou por uma construção subcultural coesa e marginalizada. Contudo, essa constante oposição invariavelmente coloca em contraste crenças de valores individuais ou de grupo tidos como absolutos.

A esse iminente conflito, gerado no seio de um hiper-pluralismo e deslocações da modernidade recente, FERRELL, HAYWARD E YOUNG (2008) apresentam dois caminhos possíveis: "mudar, reinventar e resistir; ou escolher negar a escolha em si, e ao invés recuar noções essencialistas e fundamentalistas de si mesmo e dos outros".

Como ativistas da resistência, subculturas marginalizadas, na dicção de FERRELL e ILAN (2013), "criam um ethos coletivo, um fluído conjunto de valores e orientações que definem o

comportamento ilícito de seus membros como apropriado, até mesmo honroso; é um modo em que subculturas ilícitas também funcionam como contraculturas, estilos de vida que em algum nível opõe e desafia entendimentos convencionados de legalidade, moralidade e conquista". Buscam, a toda evidência, redimensionar o *modus vivendi* consagrado.

Assim, a construção de identidades dos anarquistas contemporâneos está em uma experiência de liberação do espaço público e a criação de uma cidade aberta que oferece para nós muito mais que ativismo, isso oferece uma construção de identidades híbridas e comunidades inclusivas que estariam de fato agitando a cidade.

> Discovering the beauty and promise of the city in its margins, crafting communities from the disorder of public space, embracing the adulterated identities of those who crisscross urban boundaries, we return once again to the festival of the oppressed – because, if today`s many illicitly intertwined moments of busking, skating, BASE jumping, bicycling, and microbroardcasting harbinger the open city, so does the carnival of public celebration that emerged in the streets of Paris in 1871.3 (FERRELL, 2001, p. 242)

Bem, como criminologistas nossas orientações teóricas encaminham para a análise da diversidade social e políticas de controle de criminalidade no mundo contemporâneo.

A interpretação desses elementos sobre a cidade e cultura urbana, como invenção da cultura, está na explicação de seu tema de pesquisa. É seu processo de interpretação organizativa entre as formas de relações existentes na contemporânea experiência urbana. No trabalho de HAYWARD (2004) ao explorar as novas formas (*novel ways*) de reinvenção e transformação da vida diária no contexto sócio-espacial das cidades, o pesquisador parte da crítica aos símbolos de consumo que estão diante de nossa percepção. Símbolos que promovem a criação de sensos de identificação pessoal como uma ilusão de poder e controle sobre nós diante dos espaços de privação. A ruptura de um passado rural acrescentou na vida urbana uma "natureza" confusa e assustadora de sua dinâmica social, em função disso como a subjetividade individual se reconciliou na vida da cidade moderna?

No entender de Roy WAGNER, estamos diante de uma "mudança cultural" que coloca a sociedade em sua relação de atos que *ditam* nossas convenções culturais. Isso é, as tradições de nossas relações são modos coletivizantes que com o tempo aprendemos a manter seus atos que aproximam ou mudam conforme a "evolução". Mas é diante de alterações mais impactantes da convenção, essas que são sociais, que envolvem um maior número de pessoas que alteram nossas comunicações que enfrentamos as invenções a quais enfatizaremos o uso do controle diante dos aspectos que interfiram nessa moralidade. Essas interferências em nossas convenções tradicionais que atribuem diferenças entre os indivíduos no mesmo espaço e tempo. (WAGNER, 2015, pp.247 e sgs).

Em Paul VIRILIO (2014, p.89) "O espaço crítico" analisa as transformações do povoamento humano diante das formas tecnológicas de existência das relações sociais como evolução dessas relações que causa confusão na diferenciação aos espaço-tempo de nossos comportamentos. Para HAYWARD (2004) compreende a experiência urbana a partir da construção social que unicamente relacionamos com a formação da vida individual e privada e sua relação com a cidade. O desenvolvimento da modernidade está no próprio contexto da experiência urbana em uma díade da interação psicologia e/ou cultural, e a sua polarização do "tempo" que reprime alguns, oferece prazeres a outros.

3Tradução: "Descobrindo a beleza e a promessa de cidade em suas margens, comunidades elaboradas na desordem do espaço público, abraçando as identidades adulteradas daqueles que cruzam fronteiras urbanas, voltamos mais uma vez para o festival dos oprimidos - porque, se hoje muitos dos momentos de *busking*, skate, *BASE jumping*, ciclismo, e rádio pirata prenunciam a abertura da cidade ilicitamente interligados, assim como o carnaval de celebração pública que surgiu nas ruas de Paris em 1871."

Entender as cidades dentro de seus quadros conceituais e suas novas dinâmicas espaciais é entender que a cultura contemporânea busca seus prazeres nas emoções de seus aspectos significativos dos objetos que acercam; fazem parte da coletividade e é parte daquilo que ela mesma – a cultura – cria (HAYWARD, 2004).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho apresentamos uma exploração possível da Criminologia e a pesquisa antropológica no âmbito de análise do significado do crime e seu controle. Isso é, o ponto de vista etnográfico das culturas urbanas que emergem nos espaços das cidades, na crítica que procure entender a "invenção da cultura" dentro de suas identidades coletivas.

Compreender a cultura que amplamente se desenvolve diante do capitalismo tardio procura apresentar as mudanças que a sociedade sofre com o processo de globalização e os efeitos que as políticas de controle direcionam seus papeis para codificar essas resistências culturais como atos transgressivos. E isso é notoriamente conhecido por FERRELL, HAYWARD e YOUNG como um convite a Criminologia Cultural.

REFERÊNCIAS

FERRELL, Jeff. Empire of Scrounge: inside the urban underground of dumpster diving, trash picking, and street scavenging. New York: New York University Press, 2006.

FERRELL, Jeff. Crimes of Style: urban graffiti and the politics of criminality. Boston: Northeastern University Press, 1996.

FERRELL, Jeff; ILAN, Jonathan. Crime, culture, and everyday life. In: HALE, Chris et al. (Orgs). Criminology. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural Criminology: an invitation. Los Angeles; London: SAGE, 2008.

LINCK, José Antônio Gerzson. Criminologia e Transgressão: um laço entre movimentos culturais contemporâneos. Tese (Doutorado Ciências Criminais) – Fac. Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2014.

MALUF, Sonia Weidner. A antropologia reversa e "nós": alteridade e diferença. Ilha Revista de Antropologia. v.12, n.1,2 (2010). acesso em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/2175-8034.2010v12n1-2p41.

PEIRANO, Mariza. A antropologia no Brasil (alteridade contextualizada). O que ler na ciência social brasileira. Sergio Miceli (org.). São Paulo: Ed. Sumaré: ANPOCS: Brasília, DF: CAPES, 1999.

WAGNER, Roy. A invenção da cultura. 2a. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

YOUNG, Jock. The exclusive society. London: Sage, 2004.

UNILASALLE CANOAS-RS

A ERA DAS CHACINAS: AS UNIDADES DE POLÍCIAS PACIFICADORAS OBSERVADAS A PARTIR DA OBRA DO RAPPER E ESCRITOR EDUARDO

Alex Caldas[1]
Isadora Bays[2]

RESUMO: A presente pesquisa observará, a partir da obra do rapper e escritor Eduardo, aqui reconhecido como intelectual suficiente, o agir da Unidade de Polícia Pacificadora no interior das sub-pátrias, demonstrandoa existente seletividade do Estado Democrático de Direito. Não obstante, com base no livro "A guerra não declarada na visão de um favelado" e o disco "A fantástica fábrica de cadáver", através de um texto que foge do tradicional dogmatismo acadêmico, o trabalho demonstrará a verdadeira face das polícias pacificadoras, ou seja, que aquele projeto estadual implantado inicialmente nas favelas do Rio de Janeiro trata-se, em verdade, de um instrumento do Estado Penal para manutenção de uma ordem excludente, que bloqueia o acesso dos vulneráveis à democracia e à dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Unidade de Polícia Pacificadora. Eduardo.

1 INTRODUÇÃO

A música está muito mais presente na vida dos excluídos, de sorte que, através desse portal que conecta o açoitado à arte, é possível igualmente tecer algumas considerações sobre o Estado de Direito, dito democrático, e a que(m) ele serve. Não que a música se sobreponha as outras expressões artísticas, tais como a pintura, a fotografia, ou até mesmo o teatro, mas ela, excepcionando-se a sua vertente clássica, seguindo a estrutura de pensamento aqui escolhida, é universal. Por ter essa característica, capta e reproduz comunicação dos ambientes mais inóspitos da sociedade, já que é capaz de se infiltrar ondeos outros estilos têm mais dificuldade e, com isso, absorver as informações com um pouco menos de ruído. A música permite ao negro, ao favelado, à vítima do racismo e da violência policial denunciar o sofrimento que suporta, bem como dar nome ao seu algoz, como é o caso do rap, ritmo que aqui se pretende utilizar como lente para observar o Estado de Direito e, principalmente, as comunidades – lidas neste trabalho como sub-pátrias –, após a falsa política de pacificação.

No ponto, o rap é um instrumento que os excluídos – habitantes das sub-pátrias – encontraram para delatar as chacinas praticadas pela polícia contra seus iguais. Com efeito, mais do que música, é o discurso crítico-sociológico que através dos bancos escolares não chega no público aqui apontado, em virtude de uma histórica negação sistemática dos direitos sociais fundamentais, dentre eles, a educação.

Este curto ensaio, então, desmembramento da monografia apresentada por um dos autores na graduação em Direito da Faculdade da Serra Gaúcha[3], é, se assim se pode dizer, com permissão para a linguagem, um chute nas portas de uma academia tradicionalmente esbranquiçada e antidemocrática, porquanto arquitetada, pensada e conduzida unicamente por aqueles a que, por fatores sócio-racial-econômicos, faz-se acessível[4]. Optou-se por dar voz ao rap, justamente porque o seu público, em regra",

---

1Bacharel em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha, com período de estudos na faculdade de criminologia da Universidade de Salamanca-Espanha; e-mail: alexsouza77@gmail.com.

2Graduanda do 7º semestre no curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (FSG); estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 4ª Defensoria de Caxias do Sul/RS, sob supervisão da Defensora Pública responsável Alice Backes de Leon; e-mail: isagbays@gmail.com.

3 CALDAS, Alex. Estado Democrático de Direito para quê(m)? Considerações a partir da obra do rapper Eduardo. Monografia final apresentada à Banca Examinadora do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, como requisito parcial para aprovação no componente curricular Monografia Jurídica II e obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientada pelo Professor Dr. Leonel Severo Rocha.

4Atenção: dizer que não há representatividade social dentro deste espaço, não significa dizer que não se pode encontrar, ocasionalmente, um ou outro indivíduo oriundo da casta dos intocáveis. O que passa é que este número

é barrado nos portões do ensino superior. É por isso, via de consequência, que se entendeu por estudar Eduardo[5], intelectual marginalizado, ou, melhor, cria da marginalização que tantas vítimas faz no seio desta pátria nada gentil para alguns.

A despeito de Eduardo não ser um autor deste meio, para se defender de o porquê o escolhemos, traz-se suas próprias palavras, escritas na apresentação de seu único livro publicado até o momento[6]: "nunca publiquei teses ou dissertações, porém, sou mais capacitado para escrever sobre a atmosfera agonizante abaixo a linha da pobreza, do que qualquer sociólogo playboy que estuda a crise humanitária nacional através de livros" (EDUARDO, 2012, p. 13).

Desde este ponto de vista, então, é que abordaremos, nos estreitos limites de um *paper*, o fracasso (ou seria o sucesso?) do projeto estadual implantado inicialmente nas favelas do Estado do Rio de Janeiro, cuja propaganda foi desenhada de maneira revolucionária, mas que, desde seus primeiros dias, tem se mostrado como uma bruta ferramenta do Estado Penal para a manutenção de uma ordem indesejada e violenta, perpetuadora da exclusão, que segue negando aos habitantes das sub-pátrias a condição de sujeitos de direito.

2 A INOCULAÇÃO DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA

> Não se constrói a paz com tanques de guerra / Com pelotões desmembrando moradores de favela / O que faz tremular a bandeira de trégua / Não são UPP's mas unidades educacionais e médica (Recomeçar, Eduardo)

Não é de hoje que se sabe que a verticalidade é característica fundante do Estado de Direito. O autoritarismo, logicamente, é inerente a ele. Logo, em nosso regime pseudodemocrático, o poder resta acumulado na mão de poucos – os donos do capital –, de modo que as possibilidades democráticas de uma maioria populacionalacabam tolhidas, acorrentadasàs posições dos "representantes", que não correspondem a todas as esferas da sociedade. Foi neste contexto, no qual as políticas públicas são pensadas de cima para baixo, que se criou a Unidade de Polícia Pacificadora, programa implantado nas favelas do Rio de Janeiro a partir de 2010.

Com efeito, as promessas de novas políticasde pacificação são um auspício brasileiro, tal qual a liberdade, igualdade e fraternidade. Acontece que o estabelecimento da centralização do território para o império brasileiro também foi chamado de pacificação, ou seja, desde sempre o Estado se aproveita dos anseios e das expectativas criada pela população majoritária e pouco representada (BATISTA, 2011, p. 106). Desse modo, instalaram-se projetos que se desenhavam para apresentação em um pano de igualdade, mas que foram transformados em grupos de extermínio. Nesses galpões de privação, os indivíduos estão desnudos, no sentido de estarem desprovidos de direitos, e do Estado somente

---

é tão pequeno, que acaba sendo proporcionalmente irrelevante, além de que, não raro, cai na maldição apontada por Paulo Freire (1987, p. 17), ou seja, como oprimido vítima de uma pedagogia não libertária, acaba por reproduzir os hábitos do opressor – a classe média normalmente incorre no mesmo erro –, transformando-se no tiranizado que se converte em verdugo, enquanto que dele deveriam partir atitudes que visassem a sabotar a fábrica de cadáver.

5O nome do rapper é Carlos Eduardo Taddeo, porém, aqui será chamado tão somente de Eduardo, pois assim é conhecido no movimento hip hop. Igualmente, assim o será quando se for referenciar o seu livro, já que não é direcionado à academia, de maneira que não faria sentido citá-lo como se fosse um autor do meio. É literatura marginal, e em sua postura deve ser respeitada.

6No ano de 2012, Eduardo lançou o livro "A guerra não declarada na visão de um favelado", com 616 páginas, em que defende a existência, em território brasileiro, de uma guerra politicamente não declarada, que dizima habitantes dos bolsões de pobreza. No livro, para sustentar sua tese, Eduardo cruza números de países em guerra civil e faz perceber que o Brasil mata tanto ou mais que os mesmos, deixando transparente o perfil da vítima. O ciclo de violência, conclui o autor, está diretamente atrelado ao predatório sistema capitalista e ao Estado, que permitem, para os poucos de sempre - não raro descendentes dos antigos Senhores de Engenho -, um lucro exorbitante com a desigualdade social provocada e que subjuga milhões a condições indignas de vida.

conhecem a perspectiva da força, que atua como meio de controle daqueles que, além da própria vida, não têm nada a perder.

Para entender as verdades sobre o projeto, deve-se observar o local em que está inserido. Não tão simples, é necessário começar pelo contexto histórico que o cerca. Assim, importa dizer que a elite branca portuguesa, que subjugou e abateu a população originária, posteriormente traficando negros para satisfazer seus desígnios torpes, nunca reconheceu ambos como sujeitos de direito, senão como seres que à sua visão se aproximavam mais dos animais que dos humanos (RIBEIRO, 1995, p. 53), ainda que no futuro a situação jurídica tenha se transformado. Contudo, como aponta o Eduardo, o câmbio jurídico não passou de um negócio escuso entre os dominantes, que não interferiu substancial e significativamente na condição dos dominados. Para ele, "independência ou morte" simbolizou o fim do controle português sobre os brasileiros ricos, e não a extinção da dominação dos homens que ficaram milionários com o apoio português, sobre os mais necessitados. (EDUARDO, 2012, p. 122).

Reconhecer esta condição de indignidade a que eram alçados os índios, negros e mestiços é pressuposto para compreender a questão das sub-pátrias, eis que, perpetuado no imaginário social esse legado discriminador, aqueles que ali habitam hodiernamente não são reconhecidos socialmente de modo distinto ao que eram os cativos de outrora, o que faz a declaração de igualdade constitucionalmente positivada não passar de um texto morto. Ora, as sub-pátrias, favelas, bolsões de pobreza, como se queira chamar, são pequenos países existentes por trás do cartão postal, que restam negligenciados, renegados pela República Federativa do Brasil. Nelas, o poder não emana do povo. A propósito, o povo que as habita está mais próximo de uma "coisa", do que um conjunto de entes reconhecidos em sua humanidade. Portanto, compreendemos as sub-pátrias como rincões onde o Estado Democrático de Direito existe em sua dimensão retórica. Direitos e garantias individuais, coletivos e principalmente os sociais fundamentais, ali não passam de discursos de cabresto, que agrilhoam os cativos contemporâneos em uma crença na lei quase bíblica.

Sanados estes entendimentos, já é possível afirmar que ainda hoje, no Brasil, vê-se coexistirem brasileiros e sub-brasileiros. Bem, mesmo que o Estado de Direito juridicamente negue isso, existe uma parcela de indivíduos que é moída nesta grande máquina que sustenta as regalias daqueles que não possuem o status de elite. Ainda há, na velha ilha de Vera Cruz, hoje Brasil, indivíduos cuja cidadania não é reconhecida, os quais são depreciados e deles se desconfia. Esses indivíduos, repita-se, tem condição econômica, cor e localização geográfica bem definidas: pessoas de baixa renda, normalmente negras e moradores dos bolsões de pobreza. É neste cenário, a fim de perpetuar a ordem que devasta este nicho da população, para sustentar os privilégios dos novos senhores de sempre, que encontramos a nova polícia brasileira, denominada de "pacificadora". Na sequência, veremos de qual paz se está a tratar.

3 A "KLAN" PACIFICADORA: O TESTEMUNHO DO BRUTALIZADO

O rap vem para revelar que, ainda que o Estado, através de suas leis, diga que todos têm direito a viver livre e com dignidade, num mundo igualitário, esse mesmo cerra os olhos para não ver que somente alguns escolhidos experimentam a concretização disso tudo. Não obstante, o Estado brasiliano, dito Democrático de Direito,também promoveprojetos que cerceiam direitos fundamentais, por meio de uma polícia arbitrária, sem que haja qualquer reação judicial. Neste sentido, Batista explica que a segurança pública efetiva é apenas aquela que decorre de projetos, coletivos e públicos, que sejam capazes de gerar serviços e ações que rompam com a geografia de desigualdade, sendo que qualquer política em sentido contrário a isso, trata-se, na verdade, de um "controle truculento dos pobres e resistentes na cidade" (BATISTA, 2011, p. 106).

Ora, o referido controle truculento é o que encontramos nos relatos sobre a situação atualdascomunidades "pacificadas" do Rio de Janeiro, que, conforme demonstram os testemunhos, é

tida na realidade como um regime de exceção imposto pelo velho Estado. O jornal independente, denominado "A Nova Democracia", com reportagens realizadas por Patrick Granja, traz alguns relatos que comprovam a perversidade do sistema instaurado. Dentre estes, um que muito chama atenção é o da morte de Ednilson da Conceição (21 anos)e Jean Marlon Alves Vieira (18 anos), jovens abordados e mortos por quatro PM's da Unidade de Polícia Pacificadora no morro do Andaraí, na zona norte da cidade carioca. A irmã do Ednilson, Dulcinéia Pereira, relatou que seu irmão estava fumando maconha com seu colega, Jean, nas escadas da comunidade, quando recebeu sua sentença sem contraditório e ampla defesa. Não obstante, a testemunha também declarou que não pode ver seu irmão até que este parasse de agonizar no chão e estivesse efetivamente morto, bem como que fora colocada uma arma na mão de Ednilson logo em seguida deste levar os tiros, com o designo de justificar a atuação atroz da polícia (GRANJA, 2015, p.59). A presente situação nunca foi novidade, visto que já bem relata por Eduardo em sua música "A Era das Chacinas", como o trecho abaixo:

> O pedido do secretário de segurança é específico / soldados, atenção, sem testemunha e feridos
> Abatam pelo cabelo, pela roupa, pela cor /Só cuidado coma laje com cinegrafista amador
> Dá um vazio vê que ainda não fiz o escrito / Com poder de evitar os enterros coletivos
> Impedir que os antigos vizinhos de rua / Depois dos "boom" se tornem vizinhos de sepulturaMeu sonho é ver na cova clandestina com estuprador / Os pedaços decompostos de uma pá de ditador
> Também queria uma comissão de verdade e justiça / Pra julgar 19 milhões de assassinos racistas
> Assinatura em condenações, pelo recorde consumado / De autopsia na faixa etária dos 15 aos 24
> Cadê a presidenta, que chora por universitário / Em prantos pelo favelado chacinado
> Pousando a porra do helicóptero presidencial / Pra visitar sobrevivente em recuperação no hospital
> Só abaixo minha minhas armas e deixo o combate / Com 90 das vagas das faculdadesEnquanto a representatividade for no índice de finados / Muito Eike vai ter pesadelo com o Eduardo
> Na era Moderna, o iluminista pedia igualdade / Na era das chacinas, pedem restos mortais pras autoridades.

Esta não foi uma situação isolada. Em outro ponto, especificadamente na comunidade do Cantagalo, zona sul da cidade carioca, a Dona Deize Silva de Carvalho prestou relatos em relação ao acontecido com seus dois filhos. Seu menino, de dezenove anos, ao voltar para casa com alguns colegas, um deles cantando funk, desencadeou a irritação de um policial militar da unidade daquela comunidade. De forma abrupta, bateram em suas pernas, costelas e partes íntimas, criando marcadas e danos irreparáveis. Não parou por aí. Após Deize questionar o comandante responsável, capitão Senna, e ouvir que naquele local se representava o Estado, portanto não poderia ser questionada a atuação do mesmo, sua filha foi abordada para uma revista de drogas. Se recusou até que houvesse uma policial mulher apta a realizar a revista, o que não ocorreu, apenas muitos empurrões e xingamentos (GRANJA, 2015, p. 47-48). Novamente, Eduardo compõe de forma paradigmal, demonstrando e seletividade do Estado (dito) Democrático de Direito:

> Pra mãe que enfrenta promotores armada de foto / Que com sua luta evita outros atestados de óbito
> Meu crítico pode negar as traçantes do extermínio / Mas não afirmar que pertencemos a uma pátria, um hino
> Se é excluído não conhece a democracia / Muito menos a alegria representada na alegoria
> Assim que a quadra receber caixões no lugar de torcidas / Se sentirá como eu na era das chacinas

Duas situações, mas não isoladas. A política de pacificação foi implantada desde seu início com o desvio de finalidade a partir do que era apresentado, até porque os "novos senhores de sempre" não se preocupam em dialogar com os sub-brasileiros. Tal afirmação está bem delineada por Eduardo, que põe em xeque o clamor popular que se infla no momento em que a violência se aproxima das regiões nobres da cidade. Contudo, os índices assustadoramente maiores, uma vez permaneçam somente nas cercanias dos galpões de privação, acabam vistos com tétrica normalidade. Trata-se, pois, de uma comoção parcial, preocupada não com a brutalidade que bate às portas num sentido universal, senão com a cada vez mais iminente possibilidade de ofensa, principalmente à propriedade e aos seus proprietários, a evidenciar a não-vontade de cooperação com os "cidadãos" das sub-pátrias, e, consequentemente, com a existência de uma política pública efetivamente pacificadora e de aproximação. Neste sentido:

> O mesmo rico que julga o nível de segurança em sua rua arborizada alarmante e inadmissível, considera que os números de violência nas regiões negligenciadas estão completamente dentro da margem de cálculo do inevitável para as grandes capitais. Em outras palavras: estritamente no caso das sub-pátrias, os gráficos das carnificinas atendem as expectativas da classe lata, e, portanto, são aceitáveis. Quando o assunto são as mazelas referente aos nossos calvários, as mesmas não se mostram assustadoras, pois não dizem respeito ao que moram fora. Quando dizem "precisamos de segurança", não estão reclamando formulas que evitem a morte prematura de meninos e meninas nos becos e vielas da exclusão, mas projetos que impeçam que um de sua casta acabe num porta-malas, dando as senhas de seus cartões bancários e os de crédito (EDUARDO, 2012, p. 314-315).

4 A PAZ OFERECIDA PELO DOMINANTE

UNILASALLE CANOAS-RS

O rapper e escritor aqui em análise explica que as sub-pátrias nascem e vivem sem o amparo do Estado oficial, ou, melhor, diz que são mini Estados falidos que não fazem parte dos mapas tradicionais das cidades; dos programas sociais; dos planos de civilização e cidadania; dos planos de urbanização ou saneamento básico; e que tão somente formam os contrastes nas paisagens paradisíacas (EDUARDO, 2012, p. 311). Mas, pior do que não existir dentro do Estado de Direito, é participar dele como anexo ou pasto para moagem. Em palavras mais jurídicas, os sub-brasileiros têm negado o acesso concreto aos direitos sociais fundamentais dispostos no artigo 6º da CF/88.

Da mesma forma, a condição de sub-brasileiros faz com que não vejam reconhecidos os seus direitos fundamentais individuais e coletivos, elencados, sobretudo, no artigo 5º da Lei Magna. Mas isso não significa que estes sujeitos, tão renegados pelo Estado, não tenham ciência de seus direitos e da real finalidade das políticas de ocupações de favelas. Neste sentido, o representante do Conselho Popular da favela do Alemão, Nilton Gomes presta relato esclarecedor:

> Esse negócio de pacificar com taques de guerra é uma incoerência, porque se o Estado não tivesse abandonado essa região nos últimos 40 anos, não precisaria de nada disso. Se o próprio Estado respeitasse a Constituição, que diz que todo brasileiro tem direito à moradia, a saúde e a educação, hoje o Complexo do Alemão não estaria como está. Foi o abandono do Estado que deu origem a todo esse quadro de miséria(GRANJA, 2015, p. 19).

O desfavorecido sabe que está na Era das Chacinas,de modo que a qualquer momento pode ser vítima de uma incursão "pacificadora" erestar assassinado por tropas (paraestatais). Percebendo que o Estado não oprotege, ao contrário, o violenta, é possível que se organize em grupos para resistir.Uma resistênciaque caminha do indivíduo rumo ao coletivo.É neste contexto que a Dona Deize, anteriormente citada como testemunha do brutalizado, passou a encarar a situação como a luta de uma mãe de vítimas

da violência orquestrada pelo Estado, da qual só sairá se estiver morta. Ainda, Deize esclarece com clareza que antes poderia ser vítima de uma violência vinda do narcotráfico, mas a partir da implantação da Unidade de Polícia Pacificadoras, passou a ser vítima daquele que deveria zelar pela sua dignidade, mas que hoje apenas a estava tirando (GRANJA, 2015, p. 49).

Na mesma visão de Deize, o rapper Eduardo sustenta a necessidade do "eterno (re)começar", que só acaba quando – e se – a cabeça do favelado for estraçalhada pelas munições do dominante(metáfora). O ponto do médico legista, arquitetado por racista, é a única tragédia quenão pode ser revertida, defende:

> Reinicio no front é aprender viver sem o ente querido / na cova ou esperando progressão num presídio.
> É o dia seguinte após o trauma esquelético / causado pela divisão anti-sequestro.
> *Cada ficha reprovada no quesito racial / é um recomeço pra não dá pro boy bronze artificial.*
> *Pra não passar doutor do estado sólido pro gasoso / fazendo célula evaporar dentro de um forno.*
> *Percebi sem Mackenzie a aptidão do indigente / recuperar lesões de canetadas e perfuro contundentes.*
> Sem apoio de administração penitenciária / vi mano se autorregenerar e não enquadrar a imobiliária.
> Histórias são reescritas com suco gástrico corroendo / milhões de estômagos privados de alimento.
> Se a ulcera da fome não te faz explodir magistrado / tem que efervescer sua fúria contra abastado.
> *Moral e bom costume, pra classe parasita / é mandar tropa abrir caminho pra ocupação de milícia.*
> *Pensar não evita o D e E da rotulação / mas tira o Sony Xperia do conceito de ascensão.*
> *Reverte a escolarização branqueadora de idéia, que te faz morrer pelo Q3 tentando uma vida européia*
> *No meu calendário seu mundo só acaba, quando sua cabeça for esfacelada pelos Mobutos e Dadas.*
> *Só quando a Ruger incinerar seu DNA / são extintas as chances pra recomeçar.*
> *O ponto do legista, arquitetado por racista / é a única tragédia que não pode ser revertida.*
> Não dá pra por flores nas espingardas / *mas imagino como Lennon uma humanidade desarmada.*
> Pessoas em estado físico natural / sem pensamento belicista e entorpecimento legal.
> *Não se constrói a paz com tanques de guerra / com pelotões desmembrando moradores de favelas.*
> *O que faz tremular a bandeira de trégua, não são UPPs / mas unidades educacionais e médicas.*
> A estupidez como ferramenta civilizadora / deixa o juiz e o condenado cercados por metralhadoras.
> A cada segundo um caixão nas cordas / via *sniper*, protozoários, dietas hipocalóricas.
> *O rigor mortis por falta de proteína vital / não é morte natural, é limpeza social.*
> *Às vezes me sinto sonhador eu confesso / puta ousadia mudar o mundo disparando versos.*
> *Meu pessimismo não venceu a esperança / de acabar com a demanda por diamante de criança.*
> *A inclinação natural de se reconstruir, surge junto a retirada da Sabot no bisturi.*
> Quando a medicina de guerra não mata, fortalece / põem valores como a liberdade no lugar de Corvette.
> *As estrofes marginais foram meu grupo de ajuda / me reabilitaram e me fizeram um instrumento de luta.*
> [...]
> Ao invés de tá explorando plano extraterreno / o rival prefere disseminar uniforme de preso.

ULASALLE CANOAS RS

> *Estabelecer que no octógono real pobre não vence / acaba com larva instruindo entomólogo forense.*
> *Nos querem tentando vida nova depenando o casório / da noiva filha de um magnata do petróleo.*
> *Ou esperando o Conselho Nacional de Justiça / nos oferecer o programa começar de novo na penita.*
> *Por isso não vim pra desativar circuito interno / mas pra invadir normas, regras e decretos.*
> Não quero os 500 mil atrás da tela de Botticelli / só a piloto escrevendo USP na sua pele.
> A contragosto canto sobre amputações traumáticas / estágios de putrefação, Thompsons automáticas.
> Tô onde glândula lacrimal trabalha dobrado / *onde a Blazer na neblina colapsa o traumatizado.*
> Cansei de lugar ao sol com blusa em cima da outra / pra deixar PM caçando característica de roupa.
> Da meta ser ter conceito no campo minado / pra ser resgatado e deixar escrivão trancado.
> *Ferido, faminto recomece se for necessário / mesmo pobre, Jesus foi grande revolucionário.*
> Tá no seu gene o ódio contra os grilhões da sociedade / É herança dos que morreram pela liberdade – grifo meu[7].

Mas, enquanto estão vivos – e como condição *sine qua non* para assim prosseguir –, a necessidade é de reagir e questionar as autoridades impostas; bradar alto e de maneira coletivamente mobilizada, porém que não caia na totalização do indivíduo, que um "juiz que vê os bolsões de miséria pelo *googlemaps*, não pode estar legitimado a proferir uma sentença condenatória contra um morador da favela; destruir o mito de que a polícia está aí para proteger e levar paz às sub-pátrias (EDUARDO, 2012, p. 115). Reconhecer que a paz oferecida pelo dominante é a do cemitério, mormente quando trazida por tropas militares portando armas de grosso calibre.

UNILASALLE CANOAS-RS

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez a conclusão destes escritos não seja agradável aos otimistas. É dizer: aqui, não se enxerga qualquer possibilidade de pacificação através do militarismo, através da força. A imposição, que se concretiza em violência contra o socialmente mais frágil, é incompatível com um horizonte democrático, no entendimento destes escribas. A polícia, na perspectiva adotada, por corolário lógico, também.

Por fim, através de um texto que, de certa maneira, foge ao tradicional dogmatismo acadêmico, tentou-se demonstrar a verdadeira face das polícias pacificadoras, ou seja, que aquele projeto estadual implantado inicialmente nas favelas do Rio de Janeiro trata-se, na verdade, de um instrumento do Estado Penal para a manutenção de uma ordem excludente, que bloqueia o acesso dos vulneráveis à democracia, e não rompe com a geografia da desigualdade.

Repita-se, numa palavra última: a única paz trazida pela polícia é a do cemitério. A única paz conhecida na Era das Chacinas, a Era das Polícias Pacificadoras.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 3, n. 5, p. 103-125, jul.-dez. 2011.

i

7 Recomeçar. Faixa número 15, do CD2.

BAUMAN, Zygmunt. Confiança e medo na cidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BUSATTO, Paulo César. As UPPS e a territorialização como código de exclusão: mais um exemplo de direito penal do inimigo. Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 4, n. 6, p. 101-130, jan.-jun, 2012.

CALDAS, Alex. Estado Democrático de Direito para quê(m)? Considerações a partir da obra do rapper Eduardo. Monografia final apresentada à Banca Examinadora do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, como requisito parcial para aprovação no componente curricular Monografia Jurídica II e obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientada pelo Professor Dr. Leonel Severo Rocha.

EDUARDO. A guerra não declarada na visão de um favelado. São Paulo. Edição independente, 2012.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: a formação do patronado político brasileiro. São Paulo: Globo. 5.ed. 2012.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, 17ª edição. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1987.

GRANJA, Patrick. UPP: o novo dono da favela. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

KHALED JUNIOR, Salah H. Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a Gênese do autoritarismo nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KUCINSKI, Bernardo [et al]. Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIGON, Bruno Silveira. FRANÇA, Leandro Ayres. As periferias brasileiras como espaços de exceção: um genocídio cotidiano pela violência policial. Profanações (ISSN – 2358-6125). Ano 1, n. 2, p. 197-218, jul.-dez. 2014.

ZALUAR, Alba. CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sobre o controle das milícias no Rio de Janeiro. São Paulo em Perspectiva, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul.-dez. 2007.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO: EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS

CANOAS, 2016.

A MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL: ANÁLISE DA LEI N. 21/2007 DE 12 DE JUNHO[1]

Cláudio Daniel de Souza[2]
Daniel Silva Achutti[3]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo o estudo do sistema de justiça criminal tradicional, bem como o estudo de um sistema alternativo de resolução de conflitos penais, tendo como principal foco a prática da mediação vítima-ofensor, atualmente adotada em Portugal. Procura-se, também, verificar a possibilidade de adoção deste sistema no Brasil, a partir da análise teórica do sistema português, e de seu efetivo funcionamento.

PALAVRAS-CHAVES Justiça Criminal Tradicional. Justiça Restaurativa. Mediação vítima-ofensor. Portugal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma forma alternativa de resolução de conflitos criminais, qual seja a mediação vítima-ofensor, adotada atualmente em Portugal. Desta forma apresenta de maneira sucinta as diferenças entre o sistema de justiça criminal tradicional e o modelo conhecido como justiça restaurativa, de modo a indicar, dentre as práticas restaurativas, a mediação vítima-ofensor como possível meio de resolução de conflitos na seara penal.

Abordar-se-á, brevemente, o que vem a ser mediação vítima-ofensor em Portugal, a partir da Lei 21/2007 de 12 de junho de 2007, que versa sobre a aplicação da mediação penal, mostrando suas influências e objetivos, bem como as tipificações penais passíveis de mediação no sistema português.

Também serão analisados os projetos de justiça restaurativa em execução no Brasil, especificamente nas cidades de São Caetano do Sul – SP, Porto Alegre – RS, e Brasília – DF, identificando o funcionamento desses projetos, suas finalidades e público alvo.

Ademais, o presente trabalho procurar afirmar que não existe apenas um meio de resolução de conflitos penais, e que há lugar para meios alternativos na sociedade brasileira, uma vez que o sistema de justiça criminal tradicional encontra-se em profunda crise (Achutti, 2009), e não atinge seus objetivos, especialmente por não reduzir os índices de criminalidade, não possuir um local de fala para a vítima e não apresentar sinais de que colabora para redução da violência.

2 JUSTIÇAS CRIMINAIS TRADICIONAIS E JUSTIÇA RESTAURATIVA: CARACTERÍSTICAS, DIFERENÇAS E PONTOS DE CONTATO.

---

1 Publicado em: SEPOME/ 9º Encontro Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias: sobrecargas e segregações. 2015. Pelotas-RS. Anais do 5º Seminário de Políticas Sociais no Mercosul. Pelotas/RS: Editora da Universidade Católica de Pelotas, 2015. Volume 5. P. 16-23.

2 Graduando em Direito pelo Unilasalle, Canoas-RS. Bolsista FAPERGS. Membro do Conselho Universitário do Centro Universitário La Salle – Unilasalle Canoas/RS como representante dos discentes (2015-2017); claudio.daniel@rocketmail.com.

3 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2012), com período sanduíche na Universidade de Leuven - Bélgica (2010/2011 - com bolsa CAPES). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2006). Professor Permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle (RS). Coordenador e Professor do Curso de Direito (graduação) do Unilasalle (RS). Advogado. Conselheiro Penitenciário - Rio Grande do Sul (2014-2017). Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, Criminologia, Justiça Restaurativa e Justiça Criminal;daniel.achutti@unilasalle.edu.br.

Transcrevendo as palavras de Gabriel IgnacioAnitua (2008, p. 15) "todos os começos são difíceis", e não poderia ser diferente neste trabalho, haja vista tamanha responsabilidade em falar em um sistema alternativo à justiça criminal, principalmente levando em consideração o atual momento vivido pelo país. O suposto sentimento de impunidade é, segundo as publicações menos criteriosas, crescente entre a população brasileira, e os índices de violência teimam em não apresentar uma redução significativa.

Diante da situação apontada, é bem verdade que esse suposto sentimento de impunidade da população brasileira recebe direta influência midiática. Porém, como esse não é o objeto do presente trabalho, não será trabalhado em pormenores, embora não seja possível ignorá-lo. Também de certa forma, não se pode deixar de respeitar esse sentimento de impunidade, tão propagado pela mídia, pois partindo da premissa que o atual sistema de justiça criminal não apresenta soluções satisfatórias para a sociedade, esse sentimento acaba por se justificar e não seria estranho se fosse constato empiricamente.

Portanto, o foco encontra-se especialmente em questionar se, no Brasil, seria possível encontrar uma forma de amenizar essa sensação, quem sabe, de reduzir os problemas da atual justiça criminal brasileira, que encontra-se falida (Achutti, 2009; Pallamolla, 2009).

Segundo Raffaella Pallamolla (2009, p. 29),

> A imprescindível reflexão sobre a justiça criminal na modernidade conduz (ou deveria conduzir) à conclusão de que se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema.

Também é importante destacar que o atual sistema de justiça criminal não serve como um instrumento de ressocialização do indivíduo condenado, além de possuir um modo de funcionamento seletivo, como refere Alice Bianchini (2000, p. 63):

> O atual sistema penal faz exatamente o contrário, visto que seleciona, marginaliza e exclui, cada vez mais, ou menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao 'modelo ideal' preconizado pela classe dominante. Com efeito, temos ainda hoje, guardadas as devidas proporções, o que acontecia antigamente com a diferenciação entre nobres e plebeus, isto é, o Direito como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais.

Chega-se à conclusão, portanto, de que o sistema penal adotado no Brasil é ultrapassado, de tal forma que não resolve os problemas da vítima, do ofensor e da comunidade atingida pelo delito. O estudo da possibilidade de implementação de um sistema alternativo de resolução de conflitos no cenário brasileiro, especificamente na seara penal, justifica-se exatamente em razão da constatação da séria crise pela qual atravessa.

A inclusão de um sistema alternativo de resolução de conflitos na seara penal, especialmente se apoiado nos princípios e valores da justiça restaurativa, pode representar uma quebra de paradigma, superando a noção de que a justiça criminal tradicional é única "porta de entrada" para lidar com os problemas resultantes da criminalidade e da criminalização de uma determinada sociedade.

Na concepção de Pallamolla (2009, p. 54), "a justiça restaurativa possui não só um conceito aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas". Essa a razão da dificuldade existente em conceituá-la com precisão.

Tony Marshall sugere uma conceituação possível: "justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro" (Marshall, 1996, *apud* Achutti, 2014, p. 63).

Pallamolla (2009) ressalta três diferentes concepções de justiça restaurativa: (a) a concepção do encontro; (b) a concepção da reparação; e (c) a concepção da transformação[4], advertindo que muito embora exista diferença entre as concepções, todas possuem pontos em comum. Também existem diversos valores e princípios que norteiam a justiça restaurativa, principalmente os elencados na Resolução n. 2002/12 da ONU. Achutti (2014, p. 87) menciona que a implementação bem-sucedida deste modelo dependerá da estrita observação de seus princípios e valores.

Entre os programas implementados a partir de 1970, especialmente na América do Norte e na Europa, encontra-se a mediação vítima-ofensor, uma das práticas restaurativas mais utilizadas atualmente. Conforme Achutti (2014, p. 54-55),

> [...] no final dos anos 1970, as vítimas passaram a preferir o termo *mediação* em vez de *reconciliação*, e envolvia basicamente a mesma estrutura dos programas de reconciliação, mas neste caso outras pessoas afetadas pelo conflito poderiam participar dos encontros, em especial em casos de crimes graves. Sua utilização teve início principalmente na justiça juvenil, e foi introduzida na Inglaterra, na Escandinávia e em países da Europa Ocidental no final dos anos 1970 e ao longo dos anos 1980.

A partir da abordagem até aqui realizada, pode-se fazer a seguinte distinção entre a justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa: (a) o atual sistema de justiça criminal traz a ideia deretribuição, enquanto na concepção da justiça restaurativa o foco é reparação ou restauração do dano causado; (b) na justiça criminal a conduta do infrator resulta na violação da lei; já para a justiça restaurativa o principal a ser abordado é a ofensa ou o dano causado ao particular; (c) no sistema penal atual o Estado é considerado o ofendido pelo delito, enquanto na justiça restaurativa a vítima passa a ser a principal interessada na resolução do conflito; (d) o sistema tradicional trabalha com uma decisão imposta por um terceiro imparcial (julgador); já na justiça restaurativa a decisão é construída coletivamente; (e) a resposta dada pela justiça penal é única, ou seja, tem-se a privação da liberdade como resposta jurídica por excelência; a justiça restaurativa permite que se construam distintas possibilidades para cada caso, conforme as suas peculiaridades; e (f) o papel do atual sistema é definir um culpado, enquanto para a justiça restaurativa o importante é a definição das responsabilidades futuras de cada envolvido.

3 MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

Conhecida como uma das práticas restaurativas mais utilizadas, Pallamolla (2009, p. 109) refere que "o processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estes implicados encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo", com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito (Achutti, 2014).

Para Leonardo Sica (2007, p. 46), "a mediação surgiu como um processo de resolução de conflitos que prevê a intervenção de uma terceira parte neutra, com o intento de favorecer a comunicação e, eventualmente, acordos voluntários entre as partes". O mediador, ou também facilitador, tem como objetivo facilitar a comunicação e a compensação entre as partes, sem exercer qualquer tipo de poder ou influência sobre as mesmas ou sobre o procedimento (Sica, 2007).

4Daniel Achutti (2014, p. 64 – 65) traz a lição do que vem a ser cada uma das três diferentes concepções da justiça restaurativa: "(a) a concepção do *encontro*, que possui uma maior ênfase na liberdade de manifestação dos envolvidos para a resolução do conflito; (b) a concepção *reparadora*, cujo enfoque é a reparação do dano causado; e (c) a concepção *transformadora*, que enxerga os mecanismos restaurativos como formas de elaboração coletiva da justiça que, a partir das intensas experiências pessoais dos envolvidos no enfrentamento e na resolução dos conflitos, proporcionaria uma transformação na forma como cada um percebe e encara o seu modo de vida".

O papel do mediador e do facilitador é encontrar as partes individualmente, escutá-las acerca das experiências e vivências relativas ao fato em questão e apresentar a mediação como possível via de solução, momento em que colhe o consentimento das partes e a definição quanto ao método, direto ou indireto, e começa a avaliar se existe possibilidade de o ofensor e o ofendido construírem uma solução conjunta para o problema (Sica, 2007).

Seguindo esta linha de raciocínio, Achutti (2014, p. 78) refere:

> Considerado como o arquétipo original do ressurgimento da justiça restaurativa, terá início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito (vítima-ofensor), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito. Atuando como um facilitador, o mediador não proporá qualquer acordo, e tampouco buscará forçar um entendimento entre as partes, mas exercerá a sua função buscando *viabilizar o diálogo* entre os envolvidos. Atualmente existem variações em torno da mediação, que poderá ocorrer através de um encontro cara a cara (*face-to-face meeting*) entre vítima e ofensor, ou de forma indireta, com o mediador funcionando como um mensageiro entre vítima e ofensor.

A Resolução 2002/12 da ONU [5]incluiu em seu artigo 2º a mediação como processo restaurativo, quebrando paradigmas construídos ao longo do tempo, e principalmente proporcionando que os conflitos penais sejam resolvidos através de um sistema que não o da justiça criminal tradicional.

Para Carlota Pizarro de Almeida (2005, p. 51) "a mediação satisfaz plenamente os objetivos do direito penal (prevenção geral e especial), frequentemente até o modo mais completo e abrangente do que o direito processual penal clássico".

Deve-se ressaltar que a mediação não deve ser lida como uma conciliação, que ocorre hoje nos Juizados Especiais Criminais, criados a partir da Lei n. 9.099/95. Pode-se apontar, pelo menos, as seguintes diferenças entre mediação e conciliação: *(a) quanto à visão do conflito:* na mediação há uma relação entre pessoas que deve ser gerida de modo construtivo, na conciliação há um problema a ser resolvido; *(b) quanto à resposta ideal ao conflito:* na mediação pretende-se facilitar o diálogo através do reconhecimento das emoções e dos valores, e na conciliação visa-se propor um esboço de acordo e orientar a discussão sobre elementos comuns, de modo a maximizar a vantagem para todos; *(c) quanto ao objeto:* a mediação tem como objetivo potencializar a capacidade das partes de gerir os efeitos do conflito; já na conciliação o objetivo é a solução negociada do conflito; *(d) quanto ao papel do mediador (terceiro neutro):* na mediação o facilitador tem papel secundário, pois as partes são consideradas em condição de gerir as consequências do conflito de modo duradouro, na conciliação o papel é diretivo, ou seja, o conciliador é o *expert* que conduz o processo de resolução do problema;*(e) quanto à atividade do mediador:* na mediação o facilitador explica o conceito de mediação, esclarecendo que o acordo é só uma das possibilidades resultantes da mediação, deixa que as partes discutam se é isso que querem, encoraja também a expressão das emoções como elementos úteis ao processo mediador e focaliza sua atenção sobre as relações entre as partes; na conciliação, o conciliador explica que o objetivo é alcançar um acordo, estabelece as etapas para tal fim e define regras básicas, podendo, inclusive, propor um esboço de acordo, dirigindo a discussão para questões que mantêm mais fins úteis para o acordo, desencorajando as partes a falar do passado, com foco no futuro; e *(f) quanto à definição de sucesso:* a mediação procura o bem estar das partes e o aumento de sua capacidade de gerir as consequências do conflito, já para a conciliação a definição de sucesso vem de acordo assumido pelas partes (SICA, 2007).

---

52. "Processo restaurativo" significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador. Entre os processos restaurativos incluem-se a mediação, a conciliação, a celebração de conversas *(conferencing)* e reuniões para decidir a sanção *(sentencing circles)*. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VPim_ss5DIU>. Acesso em: 05 mar. 2015.

A principal finalidade em apontar as diferenças entre mediação e conciliação, é demonstrar que o procedimento conciliatório criado pela Lei n. 9099/95 para resolução de conflitos penais de menor potencial ofensivo, como refere Sica (2007, p.49), "é mais um instrumento burocratizado e autoritário de administração de um sistema penal hipertrofiado", que mais uma vez acabou expropriando o conflito dos verdadeiros interessados, vítima e ofensor, e adquiriu as rotinas procedimentais da justiça criminal tradicional com a forte presença do formalismo e principalmente por não buscar de forma consensual a resolução dos conflitos.

Em suma, a mediação vítima-ofensor possui uma dinâmica consideravelmente contrária à do sistema de justiça criminal tradicional, uma vez que traz a vítima de volta ao conflito e, através de um facilitador, procura compor um diálogo entre ofensor e ofendido, com o objetivo de ambos construírem a melhor solução para o problema, rompendo o paradigma autoritário de imposição de soluções jurídicas, típico da justiça criminal tradicional.

4 A MEDIAÇÃO PENAL EM PORTUGAL: Lei n. 21/2007, de 12 junho.

4.1 A Lei n. 21/2007, de 12 de junho.

De acordo com os ensinamentos de Tereza Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo (2012, p. 9), a Lei n. 21/2007 criou um regime de mediação penal, em execução ao artigo 10º da Decisão Quadro n. 2001/220/JAI[6](relativa ao estatuto da vítima no processo penal), do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001.

A referida Decisão Quadro também estabelecia o prazo[7] de 22-3-2006, conforme o artigo 17º, para introdução de um regime de mediação em processos penais relativos a infrações que o Estado-Membro considerasse adequadas para este tipo de medida (Leite, 2008).

Portanto, como aponta José Vasconcelos-Souza (Vasconcelos *apud* BELEZA;MELO, 2012, p. 35 e 36), a mediação:

> é um processo em que os indivíduos envolvidos numa negociação utilizam uma pessoa, o mediador, que é neutro em relação ao resultado da negociação, para os apoiar e guiar nas diversas fases da mesma. O mediador ajuda as partes na procura de soluções que permitam valorizar de forma positiva os desacordos.

Cabe, agora, analisar as influências para a adoção da Lei n. 21/2007, e seus principais objetivos.

4.2 Influências e objetivos da Lei n. 21/2007.

As influências para adoção da Lei n. 21/2007, se originam, resumidamente, em impulsos supra Estaduais, conforme Tereza e Helena (BELEZA; MELO, 2012, p.12), podendo-se destacar: (a) a

---

6 Decisão Quadro n. 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001: Mediação Penal no âmbito do processo penal, Artigo 10° 1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida.
2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais.
Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/>. Acesso em: 10 mar. 2015.

7 Decisão Quadro n. 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001: Artigo 17.º Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente decisão-quadro: - até 22 de Março de 2006, no que se refere ao artigo 10.°. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/>. Acesso em: 10 mar. 2015.

UNILASALLE RS CANOAS-RS

Recomendação n. R (99) 19, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 15 de setembro de 1999, sobre mediação penal; (b) a Resolução do Conselho Econômico e Social da ONU n. 2002/12 de julho de 2002, sobre os princípios fundamentais a que devem obedecer os programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal; e (c) a Decisão Quadro n. 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, como mencionado anteriormente.

Os dois primeiros textos contêm normas não vinculativas para o Estado Português. Já o terceiro é um texto de Direito da União Europeia, que cria para Portugal, no plano do Direito Internacional, a obrigação de instituir na legislação interna, até 22 de março de 2006, as regras contidas, como referido acima. Os textos referidos motivam os Estados membros a adotar o recurso à mediação no âmbito do processo penal, sugerindo que a legislação interna de cada Estado-Membro facilite a mediação em matéria penal, criando-se, desta forma, orientações para a sua adoção (BELEZA; MELO, 2012).

Importante ainda destacar os impulsos difusos[8], condicionantes provenientes de movimentos de cidadãos, como é o caso das associações com representatividade em matérias abrangidas pela justiça penal, pela considerável importância que suas ações trazem para a defesa dos direitos das vítimas da prática de crimes (BELEZA; MELO, 2012).

Vale fazer menção, ainda, no que se refere aos impulsos difusos, à Associação Portuguesa de Apoio à Vítima – APAV, por se tratar de associação particular de solidariedade social, pessoal coletiva de utilidade pública, que tem como objetivo estatutário promover e contribuir para informação, proteção e apoio aos cidadãos vítimas de infrações penais[9].

Contudo, cumpre destacar que os objetivos do legislador português com a criação da Lei n. 21/2007 foi dar cumprimento ao disposto no Programa de Governo do XVII Governo Constitucional e ao artigo 10º da Decisão – Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, delineando a mediação "como processo informal e flexível, conduzindo por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar ativamente um acordo que permita a reparação – não necessariamente pecuniária – dos danos causados pelo fato ilícito e contribua para reconstrução da paz social". Procurou-se, assim, respeitar o direito à informação dos participantes quanto ao processo de mediação e suas consequências processuais, bem como assegurar a prévia obtenção do consentimento livre dos participantes no processo de mediação e a confidencialidade das sessões de mediação (BELEZA; MELO, 2012).

Ainda, buscou-se instituir a possibilidade de aplicação da mediação a todos os crimes particulares e aos crimes semi-públicos contra pessoas ou contra o patrimônio não puníveis com pena de prisão superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, excluindo do âmbito de aplicação da mediação os crimes sexuais, os crimes de peculato, corrupção e tráfico de influências, os casos em que o ofendido seja menor de 16 anos e os casos em que seja aplicável forma de processo especial sumária ou sumaríssima (BELEZA; MELO, 2012).

Ao Ministério Público foi dada a prerrogativa de remeter o processo para mediação, desde que existam indícios de que o arguido cometeu o crime e que esse modo responde às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. A introdução de um modelo de mediação em que o arguido e o ofendido não tenham possibilidade de se fazer representar (salvo em casos em que o ofendido seja pessoa coletiva), por "ser esta a modalidade mais consentânea com a filosofia inerente à mediação: participação ativa das pessoas, restauração conjunta da paz social", também foi um aspecto observado pelo legislador português, bem como a isenção de custas, visando prevenir que o pagamento destas se constituísse em

8 Conforme Tereza e Helena (BELEZA; MELO, 2012, p. 16) impulsos difusos são aqueles que nascem da sociedade e não da orgânica do poder político do Estado-coletividade.

9APAV – Associação de apoio à vítima. Disponível em: <http://apav.pt/apav_v2/index.php/pt/visaomissao/2011-05-06-15-24-0>. Acessado em: 16 de mar. 2015.

fator dissuasor de aceitação pelos sujeitos processuais de participação na mediação (BELEZA; MELO, 2012).

E, por último, foi proposto que iniciasse como um programa experimental, a decorrer em um número limitado de circunscrições, de forma a permitir uma formação e um acompanhamento dirigidos às circunstâncias selecionadas e um fácil futuro aperfeiçoamento do regime (BELEZA; MELO, 2012).

Porém, é importante referir que a Lei n. 21/2007, atribuí ao Ministério Público a discricionariedade para eleger os casos que serão resolvidos através da mediação, respeitados os três pressupostos definidos pela lei[10], previstos no número 1 do artigo 3º. Também a remessa do processo para mediação, pode ser requerida pelas partes, sendo, portanto, respeitado o princípio da voluntariedade. Este princípio da voluntariedade, como aponta Francisco Amado Ferreira (2006, p. 29 e 30), tem como ideal a vontade livre das partes (ofensor e ofendido) em participar do processo de mediação, "afastando-os, portanto, de uma actuação impositiva e unilateral própria do sistema judicial".

Ainda, no que tange à voluntariedade das partes, aponta MylèneJaccoud (2008, p.172) que "o impacto dos processos restaurativos é reduzido se as partes não forem voluntárias e se elas não puderemnegociar os modos de reparação no ambiente dos encontros diretos".

Vale frisar que a opção do legislador português ao adotar uma lei que cria um sistema de mediação penal, também resultou do grande congestionamento dos Tribunais, da sua burocratização e da morosidade da administração da justiça (BELEZA; MELO, 2012). Contudo, ressalta-se que a busca por celeridade processual pode representar um importante obstáculo à reparação da vítima e à opção por processos que realmente visem ao diálogo entre partes, razão pela qual o ideal seria buscar a implementação da mediação vítima-ofensor a partir da necessidade de uma nova dinâmica para a administração de conflitos criminais, e não com fins meramente administrativos ou burocráticos. Deve-se proporcionar aos envolvidos um espaço mínimo para que possam expor suas razões, e principalmente para que debatam o que poderá ser feito para reparar a vítima e permitir um maior envolvimento das partes na configuração de uma possível solução para o seu caso.

Ademais, é importante compreender que, pelo menos em Portugal, a mediação penal não substitui o processo judicial[11], podendo as partes (ofensor e ofendido) recorrer a ele caso não cheguem a uma solução para o seu conflito, conforme dispõe o item 01 do artigo 5º da Lei 21/2007.

4.3 Dos crimes passíveis de mediação previstos pela Lei n. 21/2007.

A redação do artigo 2º da Lei 21/2007 [12]aponta que a mediação penal não é obrigatória, sendo clara ao informar que a mediação "pode ter lugar no processo por crime cujo procedimento dependa de

---

10Artigo 3º - Remessa do processo para mediação. 1 – Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11º, e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo.

11 Artigo 5º - Tramitação subsequente: 1 – Não resultando da mediação acordo entre o arguido e ofendido ou não estando o processo de mediação concluído no prazo de três meses sobre a remessa do processo para mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal; 2 – O mediador pode solicitar ao Ministério uma prorrogação, até um máximo de dois meses, do prazo previsto no número anterior, desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo. [...]

12 Artigo 2º - 1 – A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou acusação particular; 2 – A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património; 3 – Independente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos: a) O tipo lega de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influências; d) O ofendido seja menor de 16 anos; e) Seja aplicado processo sumário ou sumaríssimo.4 – Nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar

queixa ou acusação particular", competindo ao ofendido ou ofensor requerê-la, ou ao Ministério Público remeter o processo para mediação se entender conveniente (BELEZA; MELO, 2012).

A Lei em questão fixou regras que permitem determinar se é ou não possível, em cada caso, recorrer à mediação, excluindo o recurso da mediação em casos de crimes públicos, uma vez que o legislador entendeu que a prossecução dos objetivos visados através da sua tipificação não poderia ser deixada na dependência da vontade, da livre atuação dos particulares, e, como aponta João Pinto (João Pinto *apud* BELEZA; MELO, 2012, p. 60), os crimes públicos devem ser excluídos da mediação porque "neles está em causa, primordialmente, um interesse público que o Estado pretende acautelar, através do exercício da acção penal, por motivos, essencialmente, de prevenção geral. Nestes crimes a vontade da vítima é inoperante e irrelevante".

Assim, a mediação penal, situando-se apenas nos tipos legais de crimes previstos no Código Penal Português, pode ter lugar nos seguintes crimes de: a) ofensa à integridade física simples (art. 143º); b) difamação (art. 180º); c) introdução a lugar vetado ao público (art. 191º); d) furto (art. 203º); e) dano (art. 212º); dentre outros[13](BELEZA; MELO, 2012).

Como se percebe, os crimes passíveis de mediação penal representam uma pequena parcela daqueles constantes do Código Penal Português, razão pela qual o número de conflitos penais resolvidos através da mediação ainda é muito baixo em relação ao número de delitos que ocorrem naquele país.

Dados referentes às estatísticas gerais do Sistema de Mediação Penal, compreendido pelo período de 23 de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2012, mostram que deram entrada no Ministério Público 735 casos passíveis de mediação, sendo que apenas 188 foram terminados com sucesso, conforme aponta Leonel Madaíl dos Santos (2013, p. 47).

Assim, é possível perceber que apenas 25,58% dos 735 casos passíveis de mediação obtiveram acordo, e que o restante 74,42% dos delitos foram encaminhados para o sistema de justiça criminal tradicional.

Estes dados permitem concluir que ainda há muito a ser feito pela mediação penal em Portugal, começando pela expansão de crimes passíveis de mediação, de modo a quebrar a própria barreira criada pela própria Lei de que apenas crimes que dependam de queixa ou acusação particular possam ser resolvidos através da mediação vítima-ofensor.

5. EXPERIÊNCIAS RESTAURATIVAS NO BRASIL

No Brasil, três são os programas de justiça restaurativa mais conhecidos: um, em São Caetano do Sul/SP; outro, em Porto Alegre; e um terceiro, em Brasília, no Distrito Federal. É importante destacar que os programas são diferentes entre si, de modo que deve-se referir brevemente as suas principais

---

do ofendido. 5 – Nos casos referidos no número anterior, as referências efectuadasnapresente lei ao ofendido devem ter-se por efectuadas ao queixoso.

13Crimes passíveis de mediação penal previstos no Código Penal Português: Ofensa à integridade física por negligência, art. 148º; Ameaça, art. 153º; Coacção, art. 154º; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, art. 156º; Injúria, art. 181º; Ofensa à memória de pessoa falecida, art. 185º; Ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva, art. 187º; Violação de domicílio ou perturbação da vida privada, art. 190º; Devassa da vida privada, art. 192º; Violação de correspondência ou de telecomunicações, art. 194º; Violação de segredo, art. 195º; Gravações e fotografias ilícitas, art. 199º; Aproveitamento indevido de segredo, art. 196º; Abuso de confiança (não agravado), art. 205º; Furto de uso de veículo, art. 208º; Apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada, art. 209º; Dano qualificado (não agravado), art. 213º; Usurpação de coisa imóvel, art. 215º; Alteração de marcos, art. 216º; Burla (não agravada), art. 217º; Burla relativa a seguros (não agravada), art. 219º; Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, art. 220º; Burla informática e nas comunicações (não agravada), art. 221º; Infidelidade, art. 224º; Abuso de cartão de garantia ou de crédito (não agravado), art. 225º; Usura, art. 226º; Receptação (não agravada), art. 231º; Auxílio material, art. 232º; Danificação ou subtracção de documento e notação técnica, art. 259º; Embriaguez e intoxicação, art. 295º.

características para demonstrar as práticas restaurativas adotadas no Brasil, ainda que de maneira experimental.

5.1 O Projeto de São Caetano do Sul.

O projeto de São Caetano do Sul é desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude, tendo como público-alvo adolescentes autores de atos infracionais. O modelo adotado para realização dos encontros é o círculo restaurativo[14], tanto em juízo quanto nas escolas. A seleção dos casos em juízo é responsabilidade da Vara e do Ministério Público. Já nas escolas não existe uma seleção propriamente dita, tendo em vista que todos os conflitos são registrados e encaminhados para a Vara, de forma que qualquer caso poderá ser encaminhado ao círculo restaurativo (ACHUTTI, 2014).

O encaminhamento do caso normalmente é feito na audiência de apresentação, momento em que o juiz costuma aplicar medida de prestação de serviços à comunidade que será cumulada ao acordo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009).

5.2 O Programa de Porto Alegre.

O programa de Porto Alegre surge no contexto do sistema de justiça juvenil, ou seja, é desenvolvido na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, responsável pela execução das medidas sócio-educativas aplicadas no processo de conhecimento. A prática restaurativa utilizada é circulo restaurativo. (PALLAMOLLA, 2009).

No ano de 2010 a Resolução n. 822/2010[15]do Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, declarou a existência da central de práticas restaurativas junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, estabelecendo indicadores para o monitoramento do trabalho desenvolvido.

Conforme Achutti (2014, p. 230), a atuação é considerada complementar, pois a intervenção é feita durante a execução da medida, ou seja, após decisão do processo judicial e alternativa ao sistema de justiça criminal tradicional, haja vista a possibilidade do uso da prática restaurativa antes do início do processo.

Ademais, vale ressaltar que os casos são selecionados conforme a admissão de responsabilidade por parte do adolescente e quando há vítima identificada, e os círculos são realizados pelos técnicos do próprio juizado (ACHUTTI, 2014).

5.3 O projeto de Brasília e a utilização da mediação vítima-ofensor nos Juizados Especiais Criminais.

Este programa é desenvolvido junto aos 1º e 2º Juizados Especiais de competência geral do Núcleo Bandeirantes, trabalhando apenas com delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, com casos de competência dos Juizados Especiais Criminais. A prática restaurativa utilizada neste programa é a mediação vítima-ofensor, tendo como responsáveis pelo programa o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público, sendo coordenado pela autoridade judiciária do Juizado Especial.

---

14 Conforme aborda a autora Raffaella Pallamolla (2009, p. 119), os círculos restaurativos também são chamados *sentencingcircles*, *peacemaking* ou *commmunitycircles*, cada um com propósitos diferentes. De acordo com a autora sua utilização abrange delitos tanto por jovens quanto por adultos, sendo também empregados para delitos graves, disputas de comunidade, em escolas e casos envolvendo o bem-estar e proteção da criança.

15Resolução disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=347&pg=0#.VXcyJBtFDIU>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

Os conflitos selecionados devem envolver pessoas que possuam vínculo ou alguma espécie de relacionamento projetado para o futuro, e também casos nos quais exista a necessidade de reparação emocional ou patrimonial, excluindo-se casos que versem sobre violência doméstica e uso de substância entorpecente (Pallamolla, 2009).

A seleção dos casos é realizada periodicamente pelo grupo gestor, composto por dois juízes, três promotores de justiça e um defensor público, além da supervisora, duas coordenadoras e um facilitador. Assim, os casos selecionados são encaminhados à coordenação executiva, que os repassa aos facilitadores, responsáveis pela condução do procedimento restaurativo (Achutti, 2014).

Após a celebração do acordo, é enviado um relatório ao Juizado, onde a autoridade judiciária e o promotor de justiça analisarão se será ou não homologado. Em caso positivo, o juiz homologa o acordo e encerra o caso. Quando não há acordo, o processo retoma o trâmite normal perante o Juizado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O propósito principal do presente trabalho foi apresentar uma das práticas da justiça restaurativa, ou seja, a mediação vítima-ofensor atualmente adotada pelo sistema de justiça português, que proporciona uma forma mais democrática de resolução de conflitos na seara penal, tendo em vista que o sistema de justiça criminal tradicional encontra-se falido no que tange a estrutura do cárcere, pela seletividade da clientela deste sistema, pelo estigma que causa ao apenado, produzindo mudanças na identidade social do mesmo, não se preocupando com sua reintegração na sociedade, e principalmente por esquecer a vítima, que hoje figura como mero objeto de prestação de depoimentos no processo, não tendo de fato o seu dano reparado e muito menos suas razões expostas.

No que concerne aos crimes passíveis de mediação no sistema português, nota-se que ainda há poucas tipificações que podem ser resolvidas sem a intervenção da justiça criminal tradicional, o que acaba justificando o baixo índice de resolução de conflitos penais através deste meio alternativo. No que tange aos crimes de maior gravidade Alisson Morris (2005, p. 454 e 455) alerta de que para estes tipos de tipificações "uniformidade e coerência na maneira de abordar o assunto é o que devemos ter, e isso só pode ser alcançado se levarmos em conta as necessidades e desejos daqueles mais diretamente afetados pelo crime", ou seja, as partes envolvidas no conflito constroem sua sentença. Assim,pode-se perceber, a partir do ponto de vista de Morris, que a gravidade do delito não deve ser levada em consideração, pois observado o consenso atingindo pelas partes interessadas – vítima, ofensor e comunidades de apoio – pode-se dizer que a mediação vítima-ofensor tem lugar em qualquer delito, levando sempre em consideração a vontade das partes em participar da prática restaurativa.

De outra banda, o estudo da mediação vítima-ofensor no sistema português buscou demonstrar que há possibilidade de implementação de um sistema alternativo de resolução de conflitos na seara penal, justamente com o objetivo de estudar a possibilidade de implementarum meio alternativo enxuto para a resolução de conflitos penais no Brasil.

Ademais, conclui-se que está mais do que na hora de buscar uma nova "porta de entrada", um meio de alternativo para resolução de conflitos,buscando-se um sistema em que as partes sejam os principais personagens, retirando o poder do Estado em tomar as decisões do caso, e, principalmente, responsabilizando os envolvidos pelos seus atos, tornando a justiça criminal um processo democrático, a fim de diminuir a desigualdade e seletividade presente no atual sistema.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A Mediação perante os objetivos do Direito Penal. A introdução da Mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico Português. p. 39 a 51. Editora Almedina SA. Coimbra: 2005.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos; tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BELEZA, Tereza Pizarro de; MELO, Helena Pereira de. A mediação penal em Portugal. vol. 3. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. Revista brasileira de ciências criminais, ano 8, n. 30, p. 63, abr/jun. 2000.

FERREIRA, Francisco Amado. Justiça Restaurativa: Natureza, finalidades e instrumentos. Editora Coimbra, 2008.

GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia. E a justiça será. Lisboa: Piaget, 2001.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernard de. Penas Perdidas. O sistema penal em questão. 1 ed. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

JACCOUD, Mylène. "Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. p. 163 – 186.

LEITE, André Lamas. A Mediação Penal de Adultos. Um Novo Paradigma de Justiça? Análise crítica da Lei N. 21/2007, de 12 de junho. Editora Coimbra, 2008.

MORRIS, Alisson (2005). "Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa". In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. p. 439 – 464.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à pratica. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SANTOS, Leonel Madaíl dos. Justiça Restaurativa: A Mediação em Processo Penal em Portugal até 2012. 55 fls. Dissertação (mestrado) – Universidade Autónoma de Lisboa.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

UNILASALLE CANOAS-RS

OUTRO OLHAR PARA O DEBATE SOBRE A EMERGÊNCIA E CONSOLIDAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE SOCIOLÓGICA DO CONFLITO

Andréa Abrahão Costa[16]
José Querino Tavares Neto[17]

RESUMO: No presente artigo parte-se da abordagem da mediação como forma de solução de conflitos no âmbito do Judiciário brasileiro, com destaque para alguns momentos legislativos decisivos. Demonstra-se, na primeira parte, que, de um lado, os estudos circunscritos ao Direito a identificam como uma saída para a crise vivenciada em termos de falta de operatividade do sistema, já que os números mais recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram que a cultura da litigiosidade não arrefeceu no Brasil. De outro lado, chama-se a atenção para a diversidade de funções que os juízes de direito passaram a desempenhar com a adoção de maneiras informais de resolução de conflitos. Diante da manutenção do quadro dito de crise e da fragmentação das funções judiciais, sustenta-se a necessidade de se buscar um olhar sociológico para a própria noção de conflito, que possa contribuir para uma compreensão mais alargada acerca da mediação e de outros métodos consensuais. Na segunda parte, o dilema teórico consenso/conflito, próprio da Sociologia, é abordado a partir do pensamento de três autores fundamentais, Georg Simmel, Randall Collins e Lewis Coser, na tentativa de relacioná-los com as reflexões sobre a institucionalização da mediação no sistema judicial brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Mediação Judicial. Sociologia do Conflito. Regulação Social. Função Judicial. Consenso e Conflito.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo que segue configura uma tentativa, uma vez que se limita a levantar questões, sem oferecer respostas definitivas para elas. Apenas são colocados em destaque alguns problemas decorrentes do sistema de justiça brasileiro, com o ensaio de algumas interrelações, que foram consideradas teoricamente relevantes no contexto da análise sociológica do conflito. Sua natureza é descritiva e a abordagem eminentemente teórica.

Na primeira parte, a mediação de conflitos, as tentativas de sua institucionalização e a consequente fragmentação das funções dos juízes constituem-se em mote para a discussão sobre a necessidade de os estudos jurídicos ampliarem seus horizontes, relativizando a importância das formas consensuais de conflitos como saída fundamental para a crise numérica vivenciada pelo Judiciário. Como será visto a seguir, mesmo com os esforços paulatinos pela desjudicialização de conflitos, as taxas de congestionamento não sofreram queda acentuada e a cultura da litigiosidade ainda é marcante na sociedade brasileira. Defende-se, então, a necessidade de se buscar um olhar sociológico para a própria noção de conflito.

Delineamento breve sobre as múltiplas funções que o Juiz desempenha atualmente, que decorrem da superação de um modelo de racionalidade formal no âmbito judicial, é elaborado antes de se ingressar na segunda parte do artigo. Nesta, o dilema teórico consenso/conflito, próprio da Sociologia, é abordado a partir do pensamento de três autores fundamentais, Georg Simmel, Randall Collins e Lewis Coser, na tentativa de relacioná-los com as reflexões sobre a institucionalização da mediação no sistema judicial brasileiro.

---

16 Doutoranda em Direito – PPGD/PUCPR, Mestre em Direito – PUCPR, Pós-Graduada em Sociologia – UNICAMP; candreac_2@yahoo.com.br
17 Doutor em Direito – PPGD/PUCPR, Doutor em Sociologia – UNESP, Professor do PPGD – PUCPR; josequerinotavares@gmail.com.

2 MEDIAÇÃO JUDICIAL VISTA SOB DUPLO ENFOQUE: COMO RESPOSTA À CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E COMO PROPULSORA DE NOVAS FUNÇÕES AO JUIZ DE DIREITO

Desde a década de 1990[18]o Judiciário brasileiro foi alçado como objeto de estudo pelas Ciências Sociais, deixando de ser de interesse exclusivo do campo do direito e de juristas. Nos últimos anos, pode-se afirmar, os estudos se avolumaram, tanto num campo quanto noutro, em grande parte devido à radiografia viabilizada pela atuação do Conselho Nacional de Justiça[19]e seu departamento de estatísticas. A temática acerca da adoção de formas alternativas de solução de conflitos em contraposição à adjudicação pelo Estado passou a ser lugar comum nas abordagens, tomada de um lado, nos estudos de direito processual, como saída para o que se convencionou chamar de crise do Judiciário, e de outro, pelo campo das ciências sociais, como causa da emergência de novas funções destinadas aos juízes, dentre outros tantos aspectos que refogem aos objetivos do presente artigo.

Com efeito, os números são realmente grandiosos. Em 2014 (CNJ, 2015), para um total de 16.927 juízes, tramitaram na Justiça brasileira aproximadamente 99,7 milhões de processos, o que equivale a um processo para cada dois brasileiros[20]. Dentre aqueles, 70%, ou seja, 70,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2014, enquanto que 28,9 milhões de casos novos representavam os 30% remanescentes. Tais indicativos refletem a baixa *performance* do Judiciário exatamente porque apontam, a um só tempo, para um alto índice de congestionamento – 70,6% em 2013 e 71,4% em 2014 – e um baixo índice de atendimento da demanda – de 103% no ano de 2009 passou a 98,4% em 2013 e a 98,7% em 2014.

Desse ponto de vista quantitativo a crise é vista de modo limitado, representando verdadeiro desafio aos titulares do direito fundamental inscrito no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República de 1988 – a duração razoável do processo. Ingressa-se no sistema formal de resolução de conflitos sem se saber ao certo quando se dará o regresso, a saída e, assim, a solução definitiva aos litígios de diversas naturezas.

---

18 Como explica Junqueira (1996), no início dos anos 80, o acesso à justiça foi abordado a partir da preocupação com o processo de construção de direitos dos setores subalternos da sociedade; já nos anos 90, a preocupação com os movimentos sociais (de matriz mais estrutural – do papel do Estado e do Judiciário) é substituída pelo interesse na ordem jurídica e seu papel na invenção da sociedade democrática; e na sequência diversas pesquisas voltaram-se para os operadores do Direito, dentre eles os magistrados.

19Trata-se de órgão que compõe a estrutura do Poder Judiciário, criado em 2004, para o desempenho de atividades de natureza administrativa, tais como a elaboração de relatórios semestrais com estatísticas sobre processos e sentenças prolatadas, assim como de relatórios anuais para a proposição de providências tendentes à melhoria da situação e das atividades do Judiciário.

20Para fins de comparação, pertinente é o estudo de Sadek relativamente à década anterior (2004, p. 8): "[...] de 1990 a 2002, entraram, em média, na justiça comum de primeiro grau 6.350.598 processos por ano, com clara tendência de crescimento. Efetivamente, enquanto em 1990 chegaram até o Judiciário 3.617.064 processos, em 2002 este número mais do que dobrou, atingindo 9.764.616. Durante esses anos houve, em média, um processo para cada 31 habitantes. Embora seja uma média e, como tal, esconda diversidades, revela um ângulo precioso da justiça brasileira: um serviço público com extraordinária procura. O aumento no volume de processos entrados é muito maior do que faria supor o crescimento populacional. Enquanto o número de habitantes no período cresceu 20%, a demanda pela justiça de primeiro grau aumentou 270%. Quanto aos processos julgados, sua evolução acompanhou o crescimento no número de entrados, apresentando uma média anual de 4.593.839. Entre 1990 e 2002 houve um aumento de 311% nos julgados. Contudo, os números referentes aos julgados, ano a ano, indicam uma defasagem constante quando comparados aos de entrados: são julgados em média 72% dos processos entrados. Embora a justiça de primeiro grau concentre a maior parte dos processos, é também apreciável a movimentação dos tribunais. Comparando-se o início da década com o final, os resultados são sempre significativos. Entraram, em 1990, 125.388 processos nos Tribunais de Justiça do país. Este número cresceu mais de quatro vezes em 2000, passando para 545.398. Quanto aos processos julgados, registrava-se em 1990 um total de 114.237; em 2000, atingiu-se três vezes e meia mais: 410.304 julgamentos."

Uma análise mais aprofundada do termo crise, no entanto, tem o condão de tornar mais complexo o debate. Crise ou apenas mau funcionamento?

Fonseca (2011, p. 16) questiona de modo contundente a aplicação da noção de crise ao campo do Judiciário. Baseada na célebre expressão "senso comum teórico dos juristas", cunhada por Warat (1994, p. 13) para significar "as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas do Direito", a autora afirma que o problema do Judiciário é de mau funcionamento e não de crise. Suas limitações repousariam em questões estruturais identificadas com a falta de recursos materiais suficientes e a escolha de se privilegiar a segurança ao invés da celeridade, sem se dar conta das necessidades dos sujeitos. E arremata o raciocínio sustentando que "o funcionamento da jurisdição, mesmo que péssimo, se dá de acordo com o planejado: os valores fundantes do sistema são a verdadeira causa do mau funcionamento." Para tanto explica que:

> Se a origem da crise está no advento do Estado Social, ela está presente já há algum tempo, no mundo todo e no Brasil. O próprio Poder Judiciário brasileiro classifica sua situação como crítica desde a década de 1970. Em relatório oficial do Supremo Tribunal Federal, afirma-se que as principais falhas estariam no retardamento dos processos e na ineficácia da execução dos julgados. (FONSECA, 2011, p. 22)

Em sentido semelhante sustenta Arantes (2013, p. 733) quando afirma que crise é o reconhecimento da complexidade da sociedade contemporânea, a qual possui como uma de suas características a mutabilidade. Mudanças de uma sociedade em permanente crise que, segundo aponta Carvalho Neto (2004, p. 340), "ao lidar racionalmente com os riscos da sua instabilidade, [...] faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise [...] para essa móvel estrutura societária, é a normalidade."

UNILASALLE
CANOAS-RS

Seja como for, o fato é que, com a coleta crescente de dados e formulação de indicadores, tudo no contexto de criação da Secretaria de Reforma do Judiciário ainda no ano de 2003[21], os estudos de processo civil passaram a contemplar algumas reflexões sobre a melhora na administração e resolução de conflitos. Mas tal interesse foi paulatino, inicialmente ligado à previsão de novos mecanismos processuais e aperfeiçoamento de recursos, tal como ocorreu na década de 90 e anos 2000.[22]

O incentivo definitivo à utilização de meios adequados, extrajudiciais, de solução de conflitos e, assim, à revisão dos padrões funcionais do Judiciário, passou a fazer parte da agenda brasileira a partir de três marcos distintos, abstratamente tomada como uma forma de aliviar a apontada sobrecarga do sistema. São eles: (i) o documento técnico 319, do Banco Mundial de 1996, que, com o objetivo de compatibilizar o Judiciário da América Latina com mercados mais abertos e abrangentes, propôs a adoção dos *MARCS*, Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos, identificados com a vantagem de lhes oferecer tratamento amigável e de maneira mais ágil; (ii) o *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*, assinado no dia 13/04/2009; (iii) o Projeto de Lei 8.046/2010 contendo a proposta de um Novo Código de Processo Civil, já aprovado pela Lei 13.105/2015, que não somente prevê o papel do mediador judicial como auxiliar da justiça, mas também delineia as suas atividades, além da própria regulamentação da mediação como política pública nacional

---

21Sobre o assunto pode-se consultar: <http://portal.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRNN.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014

22Nesse sentido, foram previstos novos mecanismos de tutela de urgência por meio da Lei 8.952/94 e de tutela específica da obrigação de fazer e entrega de coisa (Leis 8.952/94 e 10.444/2002), assim como reformas na área dos recursos (Leis 10.358/2001 e 10.352/2001 e Lei 11.187/2005) e no processo executivo (Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) e a previsão de novos requisitos de admissibilidade dos recursos que chegam à mais alta Corte de Justiça (Lei 11.418/2006).

permanente a partir da edição da Resolução 125/2010 do CNJ, e de uma proposta de marco regulatório[23] para a mediação, capitaneada pelo Ministério da Justiça e entregue no Senado Federal no dia 1º de outubro de 2014, atual Lei 13.140/2015.[24]

Nessa toada, importante contribuição também veio da publicação produzida no âmbito do Ministério da Justiça no ano de 2006 e intitulada de *Novas direções na governança da justiça e da segurança* (SLAKMON *et. al,* 2006). Os estudos lá inseridos tiveram foco, exatamente, na justiça restaurativa e suas experiências exitosas de mediação comunitária em diferentes países. Dentre eles está o trabalho de Neto (2006), que constata ser a experiência centrada no papel do juiz, como protagonista da construção de uma nova cultura judiciária[25], a alternativa com melhor ganho na administração e resolução de conflitos. A conclusão é tirada depois da análise da situação da Colômbia, com iniciativas de reconhecimento do papel de árbitros e facilitadores privados no desempenho de funções judiciais na década de 90, as quais, no entanto, tiveram resultados modestos. Em oposição ao modelo colombiano, o autor apresenta a inovação ocorrida na Argentina, que preferiu implementar a mediação e conciliação na própria rotina da justiça, tornando-as aspectos integrais do sistema, também na década de 1990, sendo operadas por advogados certificados pelo Ministério da Justiça, mediante treinamento com atividade supervisionada. Também deve ser posto em destaque o estudo de Sousa (2006), que sugere uma necessária proximidade e conexão entre a mediação e o processo judicial, com a institucionalização da mediação, chamando a atenção para o fato de que na mediação o que está em causa é o conflito, e não o direito.

Para uns, no âmbito do processo civil, a idéia estaria centrada no papel que a mediação, por exemplo, poderia desenvolver para alargar os meios de acesso à justiça ou melhora na qualidade dos serviços judiciários, obtendo-se decisões de maior qualidade para os conflitos, uma vez que reconhecida nas partes a capacidade de gerir os seus destinos, tratando a desavença na integralidade, em tempo razoável e com baixos custos. Como referências, podemos citar os estudos de Spengler (2007), Pinho (2005) e Bacellar (2012).

Dentro desse panorama, que parece tranquilo e fácil, porque tem na sua base a institucionalização de formas outras de solução de conflitos e a crença de que tal seria o bastante, percebe-se, contudo, não haver espaço para a problematização de um dado fundamental relativo ao comportamento do próprio jurisdicionado e dos que operam o sistema, o qual, sustenta-se na segunda parte deste artigo, se liga a uma teoria sociológica do conflito. Nesse sentido, para usar de uma expressão de Wolkmer, não há como ignorar a necessidade da formação de uma cidadania coletivo-participativa, de modo a propiciar uma auto-regulamentação societária e, assim, a mudança na cultura jurídica de um país, quando se fala em formas diferenciadas de resolução de conflitos. Explica o autor:

> [...] a cultura jurídica dos países capitalistas de industrialização globalizada (EUA e França) experimentou considerável avanço na direção da substituição da tradicional

---

23O art. 35 do anteprojeto (PL n. 7.169/2014) determinava, ainda, que *"a submissão do conflito à mediação pública ocorrerá, preferencialmente, antes da sua judicialização*". Nos processos que já estão no Judiciário, o texto previa a possibilidade de o juiz convocar uma sessão de mediação para tentar agilizar a solução do caso. Disponívelem:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DA78EEAC7E8C4E2210E561D455204909.proposicoesWeb2?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014>. Acesso em: 20 dez 2014.

24Em paralelo, em julho de 2014 foi lançado pelo Ministério da Justiça, também através da Secretaria de Reforma do Judiciário, a chamada *Estratégia Nacional de Não Judicialização* (Enajud), que pretende reunir instituições dos setores público e privado para evitar que cheguem ao Poder Judiciário conflitos que poderiam ser resolvidos por meios alternativos. Para tanto, serão firmados acordos de cooperação com instituições financeiras e telefônicas para o desenvolvimento de estratégias conjuntas.

25 Sobre este ponto, Streck (2012) fala de uma juristocracia, incompatível com o paradigma do constitucionalismo contemporâneo, destacando que os instrumentalistas continuam acreditando que a solução do processo está no protagonismo judicial, que se contrapõe a um perfil comparticipativo de processo (processo cooperativo).

> regulamentação centralizadora do Estado por crescentes processos de auto-regulamentação da sociedade civil. Essa dinâmica pluralista que reflete a diminuição da intervenção do poder estatal e o aumento gradativo da organização societária reflete um procedimento mais abrangente [...] de criação espontânea do direito, quer de novos mecanismos flexíveis e informais de resolução dos conflitos. (WOLKMER, 2001, p.288)

A apontada limitação na formulação dos processualistas, mais voltada que é aos temas da democratização do acesso à justiça, resolução célere de demandas e custos do processo, pode ser constatada até mesmo a partir dos próprios dados produzidos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Nada obstante os gastos do Judiciário terem crescido em 2014, 4,3% em relação ao ano de 2013, e sua destinação ter sido a maior parte para os recursos humanos – 89,5% da despesa total do Judiciário – a cultura da litigiosidade não arrefeceu. Ao crescimento nos gastos totais não correspondeu a diminuição dos processos em tramitação. Segundo o que consta no Relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2015, p. 34):

> No ano de 2014, as despesas totais do Poder Judiciário somaram aproximadamente R$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação ao ano de 2013, e de 33,7% no último sexênio2. Essa despesa equivale a 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 2,3% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a um custo pelo serviço de justiça de R$ 337 por habitante. A Justiça Estadual é responsável por 55% da despesa total do Poder Judiciário (R$ 37,6 bilhões), em seguida está a Justiça do Trabalho, com 20,8% (R$ 14,2 bilhões), [...] Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque. Como historicamente o IAD não supera 100%, ou seja, a entrada de processos é superior à saída, a tendência é de crescimento do acervo. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo do estoque de processos.

CANOAS-RS

Sendo assim, se a cultura brasileira é marcada pela característica da litigiosidade e se, mesmo com tentativas institucionais progressivas no seio do Judiciário em prol da adoção de formas outras de solução de conflitos, ainda não há uma alteração substancial do quadro dito de crise, neste artigo sustenta-se a necessidade de se buscar um olhar sociológico para a própria noção de conflito, que possa contribuir para uma compreensão acerca da mediação e outros métodos consensuais que vá além de sua análise como protagonistas de novo rearranjo meramente numérico para o Judiciário. E tal abordagem, que será feita na segunda parte deste artigo, pretende recuperar a contribuição da teoria sociológica clássica do conflito.

Mas, para que se complete a problematização proposta inicialmente a partir do recorte da mediação, outra questão que se abre para justificar a necessidade e utilidade de uma abordagem sociológica do conflito, refere-se ao papel desempenhado pelos juízes de direito nesse contexto de quebra do paradigma monista. O desafio imposto aos juízes a partir da abertura do sistema judicial para a adoção de formas não adjudicadas de solução de conflitos vem bem sintetizado pela constatação de Sadek (2004, p. 8), acerca dos problemas de distribuição da justiça, destacando a autora que:

> Apesar da inegável desvantagem da situação brasileira quando confrontada com a de outros países, estudos comparativos internacionais demonstram não haver correlação significativa entre o número de juízes e a eficiência e a confiança da população no sistema judicial (Buscaglia *et al.*, 1995). Embora seja difícil apontar uma única causa como responsável pelos problemas de distribuição de justiça, seria impossível ignorar o papel desempenhado pelos próprios magistrados no exercício de suas atribuições. Referimo-nos a dois aspectos: ao recrutamento e à mentalidade, variáveis com forte influência na forma de perceber e de lidar com as questões relacionadas à distribuição

> de justiça. […] Quanto à mentalidade, o Judiciário não difere, neste aspecto, de outras instituições igualmente fechadas, com traços aristocráticos. O figurino da instituição tem se mostrado um ponto problemático, uma vez que, longe de encorajar o substantivo, prende-se à forma; em vez de premiar o compromisso com o real, incentiva o saber abstrato.

Constatação interessante também pode ser extraída da perspectiva de Rodriguez (2004, p. 2), para quem há uma espécie de fragmentação da figura do juiz com a criação, nas últimas décadas, de órgãos destinados à solução de conflitos que fogem do padrão da Justiça Comum. Considerando que a Justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais, o autor se baseia nas iniciativas dos Juizados Especiais, Juizados de Conciliação e Centros de Integração da Cidadania instalados no Estado de São Paulo para afirmar que, atualmente, são múltiplas as funções exigidas dos magistrados; vão desde a sua atuação menos formal, priorizando a manifestação oral e buscando a mediação dos conflitos, sem a prolação de sentenças, até o seu envolvimento com outras instituições para a realização de trabalhos em equipes e busca pela solução para o conflito social.

Essa nova realidade da atividade judicante suscita inúmeras perguntas, todas elas de difícil resposta, se não levarmos em consideração dados concretos coletados, por exemplo, em *surveys*. Como apontado por Rodriguez (2004, p. 5): (i) se a mediação exige um esforço de diálogo e acolhimento das partes, não seria necessário um treinamento específico aos magistrados?; (ii) seriam os juízes capazes de conhecer o problema que lhe é trazido à análise sem a mediação de advogados?; (iii) como viabilizar a lógica formal de decisão com uma lógica informal própria da mediação?; (iv) como solucionar uma eventual crise de legitimidade do Judiciário quando se escapa de uma racionalidade formal e migra-se para a mediação?

De fato, pesquisas empíricas seriam necessárias para aclarar tais questões. No entanto, levando em consideração o escopo traçado para este artigo, reafirma-se apenas o interesse em propiciar o diálogo do Direito com outro ramo do conhecimento. Seja porque, com ele, amplia-se o contexto em que a mediação tem sido colocada nos estudos jurídicos nos últimos anos e, com isso, reafirma-se a constatação de que formas outras de solução de conflitos merecem ser abordadas/contextualizadas a partir de um dos dilemas teóricos básicos da Sociologia, que diz respeito ao consenso e ao conflito, seja porque com a referida aproximação, passa a ser possível teorizar sobre o conflito e oferecer outras justificativas para a assunção de uma nova função pelo juiz de direito, sobremodo neste momento em que o Brasil vivencia diversas tentativas de institucionalização da mediação judicial.

É o que será abordado a seguir.

3 BREVES NOTAS SOBRE ANÁLISES SOCIOLÓGICAS DO CONFLITO

A ampliação dos estudos sobre a reforma da justiça no Brasil deu-se, inegavelmente, muito pela contribuição das ciências sociais, com análises sobre instituições, profissões jurídicas ou universalização de direitos. Para o quanto se busca investigar aqui, a abordagem que importa é a da teorização do conflito, para melhor contextualizar e compreender a adoção recente de lógicas informais pelo Judiciário brasileiro, inclusive suas eventuais limitações, contribuindo para a análise da funcionalidade do Direito na vida social.

Como explicam Nobre & Barreira (2008, p. 23) ao estudarem a experiência do uso da mediação numa delegacia de atendimento à mulher do Estado de Sergipe:

> O grande desafio posto aos mediadores, parece-nos, é o de deixar que o conflito possa emergir na sua dimensão mais ampla e profunda. Isso é possível se o conflito for encarado na sua produtividade, como elemento estruturante das relações sociais, no sentido proposto por Simmel. Conflitos devem ser administrados, na perspectiva simmeliana, quando a violência se torna o caminho para a solução dos antagonismos

> ou quando a situação conflituosa leva os grupos sociais ou os indivíduos à paralisação de suas próprias forças, impossibilitando as negociações entre interesses opostos.Desse modo, não se trata, necessariamente, de eliminar o conflito, mas de reduzir as tensões produzidas por ele, que impedem o entendimento entre as partes, transformando-o, assim, "numa contraposição objetiva", na qual paixões e volições individuais dão espaço ao entendimento mútuo, processo que levaria ao equilíbrio das relações entre os indivíduos e os grupos [...].

Consenso e Conflito. Identificados como um dos dilemas teóricos da Sociologia, referem-se à forma como são interpretadas as atividades humanas e as instituições sociais. Como explica Baltazar (2007, p. 163):

> [...] poder-se-á afirmar que algumas perspectivas sociológicas realçam a ordem inerente e a harmonia das sociedades humanas (identificando a continuidade e o consenso como os atributos mais evidentes das sociedades), enquanto que outros sociólogos acentuam a omnipresença do conflito social, dado que as sociedades são afectadas por divisões, tensões e lutas. Frequentemente, os indivíduos não tendem a viver harmonicamente entre si e, quando não se estabelecem conflitos abertos, as profundas divisões de interesses podem dar lugar,a qualquer momento, a conflitos activos. Para os primeiros – de destacar Emile Durkheim (1858-1917) e alguns pensadores funcionalistas, tais como Parsons (1902-1979) e Merton (1910-2003) –, uma sociedade tem uma existência contínua quando as suas instituições especializadas (sistema político, família, religião e sistema educacional) funcionam harmonicamente entre si,numa postura de cooperação e de consenso geral sobre valores fundamentais, enquanto que aqueles que defendem a perspectiva diferente, encaram a sociedade em estado de tensão permanente [...].Trata-se de um dilema teórico que muito dificilmente será resolvido

Eis aí a primeira constatação para repensar a mediação de conflitos no âmbito do Judiciário, a partir dos dois enfoques delineados no item anterior. Como propõe Cardoso de Oliveira em sua etnografia dos conflitos (2010, p. 454-455), levando-se em conta que toda "interação social tem uma dimensão normativa e que toda relação está sujeita a conflitos, disputas sobre direitos seriam constitutivas da vida social, como aliás, Simmel (1983) já chamara atenção."

Daí ser possível pensar o contrário do que se tem dito, correntemente, em relação aos meios de solução de conflitos que não se servem da adjudicação pelo Estado: a existência contínua de uma sociedade nem sempre se dá porque há seu funcionamento harmônico, com posturas de consenso e cooperação. E se assim pode ser pensado, não somente a adoção da mediação judicial não terá o condão de debelar as altas taxas de litigiosidade no Brasil, como a multiplicidade de funções assumidas pelos magistrados adquire nova conformação a ponto de não ser necessária uma grande preocupação com a sobreposição de lógicas no seio do Judiciário.

Nesse sentido é que, no contexto do apontado dilema, uma das indagações da sociologia é saber se o conflito seria um elemento de regulação social/controle social. A questão, pode-se afirmar, de certo modo, também impacta na análise das políticas que estão sendo levadas a efeito para fins de institucionalização da mediação judicial.

Aprofundando o dilema teórico em questão, Baltazar (2007, p. 165) destaca, ainda, que:

> O teórico mais destacado que se esforçou para desenvolver uma teoria do conflito sintética e integrada é Randall Collins. A sua obra Conflict Sociology (1975) revela-se bastante integradora porque tem uma orientação mais micro que a teoria do conflito macro de Dahrendorf e outros. Nela, a análise do conflito não é ideológica e sustenta-se no facto do conflito ser entendido como o processo central da vida social. Aborda o conflito a partir de um ponto de vista individual (pois as raízes teóricas de Collins residem na fenomenologia e na etnometodologia), embora esteja consciente de que

> uma sociologia eficaz não se pode centrar exclusivamente no nível micro, logo a sociologia do conflito não se pode construir sem o nível societal de análise.

Outra contribuição importante para o debate consenso/conflito é de Birnbaum (1995, p. 247), quando destaca o pensamento de Lewis Coser:

> [...] segundo Lewis Coser, "o conflito, tal como a cooperação, tem funções sociais. Longe de surgir como disfuncional, um certo grau de conflito constitui um elemento essencial da formação de grupos e de sua persistência". O conflito vê-se então incumbido de uma função crucial, qual seja a de "estabelecer e manter a identidade e as fronteiras entre as sociedades e os grupos" (Coser, 1956). Uma sociedade desprovida de todo conflito não implica, portanto, de modo algum uma maior estabilidade; muito pelo contrário, sua integração será tanto mais forte quanto mais os conflitos internos conseguirem manifestar-se.

E prossegue Birnbaum (1995, p. 256) para dar ênfase à contribuição de Georg Simmel:

> É de fato Simmel quem, na mesma tradição interacionista de Weber, elabora a teoria sociológica do conflito que viria a tornar-se clássica. Para ele, "o conflito, uma das formas mais vivas de interações que não pode ser realizada por um único indivíduo, constitui um processo de associação. Os fatores de dissociação — o ódio, a inveja, a necessidade, o desejo — são as causas do conflito; o conflito eclode por causa deles. O conflito tem como missão, por conseguinte, resolver esses dualismos divergentes; constitui uma maneira de reconstruir uma certa unidade, ainda que através da destruição completa de uma das partes em conflito" (Simmel, 1908[1964], p. 13-14). Longe de se revelar como "patológico", o confronto entre os atores e não entre as estruturas funciona aqui como processo "positivo" da vida social: assegura sozinho a unidade. Nem sempre conduz a uma sociedade reconciliada ou praticamente utópica; também não constitui sinal de falta de integração do sistema social.

UNILASALLE CANOAS RS

Por fim, algumas palavras acerca da contribuição da antropologia sobre a noção de conflito e sua solução, uma vez que muito próxima do olhar sociológico aqui enunciado. O apontamento de Cardoso de Oliveira (2010, p. 454) dá vazão, sob um viés específico, a uma possibilidade de compreensão sobre a eventual dificuldade de atuação dos juízes fora da lógica de racionalidade formal enunciada no tópico anterior. Explica o autor que:

> Embora o mecanismo não seja exatamente o mesmo no Brasil e nos EUA, tanto a prática do “reduzir a termo” no Brasil como o procedimento de “to narrow down a case” nos EUA excluem da avaliação judicial aspectos importantes da disputa na ótica dos litigantes, afetando a compreensão do contexto mais amplo onde se situa o conflito, o qual se apresenta como uma referência imprescindível para o antropólogo. Esta diferença de perspectiva, que orienta os pesquisadores em direções opostas, não deixa de estar associada a objetivos diversos das disciplinas no quadro institucional: enquanto a Antropologia privilegia a elucidação do caso ou situação pesquisada para ampliar o horizonte compreensivo do intérprete (e da disciplina), procurando levar em conta todas as visões e opiniões enunciadas no processo, o Direito dá precedência à resolução dos conflitos examinados ou à produção de um desfecho institucionalmente balizado para os mesmos. O foco na compreensão num caso é substituído pelo foco na decisão no outro. Evidentemente, uma função não deve substituir a outra e, se as duas disciplinas poderiam beneficiar-se de maior diálogo entre as respectivas perspectivas, a eventual eliminação das diferenças poderia ter consequências desastrosas: como, por exemplo, o antropólogo decidindo disputas judiciais baseando-se em sua visão etnográfica, às vezes voltada para a compreensão de apenas uma das partes e sem treinamento adequado para equacionar conflitos; ou, o jurista avaliando o sentido normativo e o significado de práticas sociais diversas a partir de parâmetros jurídicos locais.

Desta forma, o que tende a ficar claro é que a Sociologia poderá continuar a contribuir para o entendimento sobre quem somos e para onde vamos caminhar e, isto, não será diferente quando for adotada, em definitivo, a prática da mediação no âmbito do Judiciário, tal como se pretende com o novo ordenamento processual cível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo procurou-se demonstrar que os estudos que se circunscrevem ao campo do Direito pouco inovam quando abordam a mediação como forma de resolução de conflitos. É comum que o assunto seja tratado no contexto da crise do Poder Judiciário, crise esta que, no mais das vezes, é vista como uma crise numérica. Muitos processos, aos quais o Judiciário não consegue dar vazão. Nesse sentido, com apoio nos últimos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que o índice de litigiosidade não baixou e ainda não temos um bom desempenho da taxa de congestionamento. Tal radiografia acabou por demonstrar que as tentativas de desjudicialização com apoio na mediação carecem de algo mais, uma mudança de comportamento dos jurisdicionados, para a qual apenas leis e resoluções não são capazes de contribuir.

Mais do que isso. Ainda sob a perspectiva da mediação judicial chamou-se atenção para o fato de que hoje existe uma verdadeira fragmentação das funções do juiz de direito, o qual, a um só tempo, julga e favorece a mediação, além de também ter que conciliar.

A partir desses dois aspectos, retratados na primeira parte deste artigo, afirmou-se a necessidade de maior aproximação do Direito com as outras disciplinas das Ciências Sociais, seja a sociologia, seja a antropologia, para que noções sobre o conflito possam ser aprofundadas. Para tanto, a tentativa empreendida aqui teve como objeto um breve apanhado das teorias sociológicas do conflito, chamando-se atenção para um de seus dilemas, a dualidade consenso/ conflito.

Tal problematização, como foi possível perceber ao longo do artigo, suscitou mais perguntas do que ofereceu respostas aos problemas antes colocados. Contudo, ainda que tal fato cause certo desconforto ou traia expectativas, dois aspectos devem ser destacados a partir da leitura das análises sociológicas do conflito escolhidas para o desenvolvimento do assunto: o conflito deve ser entendido como o processo central da vida social e uma sociedade desprovida de todo conflito não implica, de modo algum, uma maior estabilidade. Duas ideias simples, mas que talvez sejam suficientes para sensibilizar o Direito e, assim, lhe trazer novos ventos.

5 REFERÊNCIAS

ARANTES, Bruno Camilloto. Sociedade de Risco e Estado: uma releitura dos elementos tradicionais do Estado. Disponível em: <http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-7.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALTAZAR, Maria da Saudade. (Re)Pensar a Sociologia dos Conflitos:a Disputa Paradigmática entre a Paz Negativa e/ou a Paz Positiva. Nação e Defesa, n. 116 - 3.ª Série, 2007, pp. 157-185. Disponível em: <Http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/1223/1/NeD116_MariaSaudadeBaltazar.pdf.>. Acesso em: 10 fev. 2014

BANCO MUNDIAL. Relatório Técnico n. 319 do Banco Mundial. O Setor Judiciário na América Latina e Caribe. Elementos para Reforma. Redação: Maria Dakolias. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, 1996.Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf.> Acesso em: 20 dez 2014.

BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In. BOUDON, Raymond (Org.) Tratado de Sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 247-282, 1995.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, v. 53, nº 2, 2010. Disponível em: <http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/artigo_luis_r_cardoso_de_oliveira.pdf ver p. 467>. Acesso em: 20 out. 2014.

CARVALHO NETO, Menelick. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e Estado a partir de discussões de uma Constituição Européia. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 02, Porto Alegre, IHJ, 2004.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números: ano base 2014. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, 2015. 497 p. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 20 out. 2015.

FONSECA, Juliana Pondé. Problemas estruturais do judiciário brasileiro: por um processo civil factível. 2011, 170 f. Universidade federal do Paraná, Setor de ciências jurídicas, Programa de pós-graduação em direito. Curitba, 2011.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n.18, 1996. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25477-25479-1-PB.pdf.> Acesso em: 02 jul. 2013.

NETO, Pedro Scuro. Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 416. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma> Acesso em: 02 nov. 2013.

NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle Social e Mediação de Conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. Sociologias, Porto Alegre, ano 10, n.20, jul/dez. 2008, p. 138-163.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.). Acesso à Justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 105-124, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigues. A fragmentação da figura do juiz de direito. Texto apresentado na Reunião Anual da ANPOCS – 2004. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3923&Itemid=319>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estudos avançados, São Paulo, v.18, n.51. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Acesso em: 05 abril 2013.

SILVESTRE, Giane. Sobre uma sociologia da justiça e do conflito. Contemporânea, v. 3, n. 1, p. 241-244, jan-jun 2013. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/128>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SOUSA, Aiston Henrique de. A mediação no contexto do sistema de solução de conflitos. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 416. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma> Acesso em: 02 nov. 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristrocracia-projeto-codigo-processo-civil>. Acesso em: 02 ago 2013.

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A LEI DO COLARINHO BRANCO. PONTOS DE CONTATO.

Celso Lopes Seus

RESUMO: Este artigo pretende apresentar a Justiça Restaurativa e a Lei do Colarinho Branco, e identificar pontos de contato entre ambas, concluindo que existem institutos semelhantes em ambos institutos.

PALAVRAS CHAVE: Justiça Restaurativa. Colarinho branco.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de justiça acompanha a história da humanidade. Cada período de pensamento, de influência religiosa, de poder político tem formatada a sua ideia de justiça. A emancipação do ser humano a partir da Revolução Francesa intensificou o olhar do ser humano sobre a justiça. O Século XX, que marcou profundas mudanças na sociedade global, percebeu que antigas noções de justiça, embora úteis, apresentam o viés do exagerado dogmatismo, o que redunda em sua aplicação trazer mais problemas do que soluções. A sociedade, então, construiu a sua própria forma de justiça, transformando o ser humano isolado, aprisionado numa relação valorativa-comparativa, em um sujeito ativo na construção e na aplicação de uma nova forma de justiça: a restaurativa. A formação da sociedade de consumo exigiu a criação do Sistema Financeiro Nacional, o qual capta e aloca recursos de terceiros, o que exige a presença de pessoas jurídicas e naturais habilitadas como operadores dele. Foi criada legislação específica para fiscalizar a atuação desses atores a fim de manter a higidez do Sistema, que sempre opera a partir da palavra risco. A justiça restaurativa e a justiça institucional têm seus pontos de contato, no âmbito das operações do SFN, a partir das Leis 4.595/1964 e 7.492/1986, o que será analisada nestas linhas.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

2 A JUSTIÇA EM SEU CONCEITO CLÁSSICO

A compreensão de *Justiça* sempre foi tormentosa. Lei, Direito e Justiça, nos tempos atuais do Século XXI, são conceitos dissociados. Hans Kelsen (1979, p. 18) não associa essa palavra à sua Teoria Pura do Direito, ao explicar que, "como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?". Para ele, justiça é algo estranho ao direito, que deve ser desprovido de elementos externos. Beccaria, em seu clássico Dos Delitos e das Penas não refere a palavra em qualquer dos parágrafos do livro. A Paideia apresenta em "A República. I" (s.d., p. 711) a explicação de que "A justiça tem de ser inerente à alma, uma espécie de saúde espiritual do Homem, cuja essência se não pode pôr em dúvida, pois de outro modo seria apenas o reflexo das variáveis influências exteriores do poder e dos partidos, como o é a lei escrita do Estado" (s.d., p. 711).

À toda evidência, um conceito político de justiça. Aristóteles (Del Vecchio, Siches, II, 1946, p. 13,) entendia que o Estado regula a vida dos cidadãos mediante as leis, que os domina a vida inteira, porque os cidadãos não se pertencem a si mesmos, se não ao Estado. Assim, o "contenido da las leyes es la justicia". Essa concepção aristotélica é delicada por atribuir o mesmo conteúdo a duas palavras bastante diferentes. O conceito de justiça evoluiu, passou por sucessivos momentos da história até chegar em seu ponto mais intenso, de mais rica produção e de requestionamento, a partir da segunda metade do Século XX. No Brasil, o conceito de justiça está inserido no texto da Constituição Federal de 1988, enquanto Direito Fundamental, para ser a todos assegurado.

Auri Lopes Jr. (2014, p. 1095), apresenta reveladora dicotomia entre a deusa da justiça divina – Têmis, e a deusa da justiça do caso concreto – Diké, mostrando com isso, que entre o paradigma e a prática há um longo caminho a ser percorrido:

> Já Diké (ou Astreia), filha de Zeus e Têmis, irmã da verdade, é a justiça do caso concreto, a portadora do Direito, que ela traz do Olimpo para a Terra. Não sem razão, segue a autora, o ato de julgar se diz dikazein. Diké era simbolizada, no início, com uma balança na mão esquerda, à qual se adicionou, mais tarde, a espada. A venda nos olhos é muito posterior, para representar o caráter abstrato da justiça. (Auri Lopes Jr., 2014, p. 1095)

Cada tempo de história, cada cultura, cada pensador forma seu conceito de justiça pela ótica de sua formação moral, religião, política. Assim, de um contexto temporal mais que milenar surgem especificidades à justiça: comutativa, corretiva, ou igualadora, distributiva, econômica, judicial, legal, moral etc. A justiça distributiva, segundo Aristóteles, (Del Vechio, Siches, I, 1946, p. 678), exige que as pessoas iguais recebam coisas iguais; as desiguais, coisas desiguais, segundo sua respectiva dignidade ou merecimento. O problema dessa justiça, apartada da equidade, será exatamente a de aumentar as desigualdades, e não a de elimina-las. No mesmo sentido Gustav Hadbruch (1997, p. 159), porém colocando evidência a crítica que ela "não nos diz como e em que ponto de vista devemos considerar os homens iguais ou desiguais; permite-nos, além disso, estabelecer uma relação, mas não nos ensina a determinar a espécie de tratamento a aplicar aos termos dessa relação". Esse é um campo perigoso da subjetividade, exatamente onde o conceito tradicional de justiça permite ocorrer a injustiça.

A justiça sob o enfoque de princípios gerais de justiça (Neves, 2013, p. 33) será "a igualdade dos direitos humanos e o respeito pela dignidade dos homens como pessoas individuais". Adam Smith (2013, p. 468) aproxima em uma de suas muitas observações acerca da moral uma ideia de reciprocidade, ao propor que:

> *Hay que destacar que la palabra justicia em griego tiene varios significados, y como por lo que yo sé ello ocurre también con la palara correspondiente em todas las demás lenguas, tiene que existir alguna afinidad natural entre todos esos significados. En un sentido, se dice que somos justos con nuestro prójimo cuando nos abstenemos de ocasionarle ningún daño efectivo y no lo perjudicamos directamente ni em su persona, ni em su propriedad, ni em su reputación. (...) En otro sentido se afirma que no somos justos con nuestro prójimo si no concebimos hacia él todo el amor, respeto y estima que su carácter, posición y relación con nosotros vuelve conveniente y apropiado que sintamos, y si no actuamos em consecuencia*. (SMITH, 2013, p. 468)

Com efeito, a presença de outro sujeito – o próximo –, traduz uma ideia cristã de justiça, com inegável fundo religioso; por este motivo, poderá enfrentar resistências de vários matizes, apesar de sua induvidosa utilidade. Mas, qualquer ideia de justiça nos campos antes referidos, mesmo a social ou a jurídica, não açambarca uma nova concepção, a qual não está vinculada a simples proposições comportamentais quais fossem telas em molduras para simples admiração.

Trata-se de uma justiça que surgiu diante da ineficiência dos conceitos formais, da justiça legal, para chamar para si a responsabilidade de inclusão plúrima de todos os envolvidos em seu contexto, colocando-os em efetivo plano de polo ativo, retirando as pessoas envolvidas da simples passividade para um plano de construir: trata-se da justiça restaurativa.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa não pertence a conceitos jurídicos fechados. Nem poderá ser assim porque ela não se estrutura em princípio rígidos. Cada país, por sua cultura, valores sociais, econômicos, política criminal, enfim, não adotará, mas efetivamente criará a sua forma de justiça restaurativa. E não se trata de perda referencial; pelo contrário, por ser extremamente dinâmica, criativa, açambarcadora, ela pode exatamente ocupar aqueles espaços desprezados, ou nem mesmo considerados da justiça tradicional, cujo foco não é a vítima, mas apenas punir. A História mostra que esse modelo é flagrantemente incapaz de conter a violência, evitar a reincidência e promover a reinserção social da pessoa que delinquiu. Mais que isso, a justiça criminal desconhece a vítima, suas necessidades, seus problemas surgidos após ser vítima de um crime, sua necessidade de encontrar algo que não se limite a punir seu ofensor.

Em breves palavras, há importantes práticas na justiça restaurativa sem as pesadas correntes do processo penal e de sua ritualística pouco eficaz, as quais tendem a alcançar, exatamente, o que a justiça comum jamais identificará em seus próprios princípios. Allison Morris (2005) apresenta o contundente argumento que a justiça restaurativa oferece decisões sobre como melhor atender aos mais afetados pelo crime – as vítimas, os infratores e suas comunidades –, dando prioridade a seus interesses. Em tópicos, o autor colaciona estas objeções à justiça restaurativa, ressaltando que todas são empíricas, portanto desprovidas de avaliação científica, de pesquisa metodológica e de resultados objetivos analisados e coletados por autoridades públicas. São elas: a justiça restaurativa aumenta os poderes da polícia; a justiça restaurativa não afeta diferenças de poder; a justiça restaurativa encoraja o vigilantismo; à justiça restaurativa falta legitimidade; a justiça restaurativa fracassa em promover justiça.

Uma leitura dessas críticas, *a contrario sensu,* revelará exatamente os pontos fortes da justiça restaurativa e, em especial, os mais intensos alcances dela, ou seja, são estes, exatamente, seus pontos mais fortes. O crime, enquanto problema social aparentemente insolúvel, passa a ser enfrentado diretamente pela sociedade sem que haja uma estrutura formal, cara, pesada, bastas vezes inacessível, e cujas finalidades são frequentemente questionadas e postas à prova por seus próprios atores: magistratura, promotorias, defensoria pública, advocacia, a sociedade como um todo.

Para o desenvolvimento da justiça restaurativa, o mesmo autor faz quatro observações a respeito dela: a primeira, é a de que o seu atual formato é relativamente recente, exigindo tempo para a sua compreensão pelo tecido social; há equívocos, muitas vezes, quanto ao seu real significado, tendo sido constatadas algumas deturpações; o segundo, há programas autodenominados justiça restaurativa, os quais carecem de acompanhamento e de avaliação, a fim de que tanto possam permitir a efetividade da real prática de justiça restaurativa quando a de evitar equívocos que lhe serão danosos; o terceiro, é o de que as avaliações soem ser tendenciosas: apontar falhas e insucessos na ordem de 30% será o mesmo que anunciar êxitos e sucessos de 70%!; por último, será necessário contrastar resultados entre a justiça restaurativa e a justiça institucionalizada a fim de compara-los, haja vista que há um desafio a ser feito àquela tradicional justiça.

Considere-se, ainda, não ser objetivo da justiça restaurativa infligir penas ao infrator nem fazer indenizações cíveis às vítimas, mas, entre tantos valores outros, identificar as causas do crime, trazer à reflexão e ao enfrentamento o ofensor a fim de desenvolver seu senso de responsabilidade perante suas próprias atitudes, resgatar o senso de dignidade da vítima diante de um fato que lhe foi adverso e, principalmente, tentar recompor o tecido social. Nenhum desses valores traz a justiça institucional.

Rafaela da Porciúncula Pallamolla, (2009, p. 53), realizou intenso trabalho identificando gravíssimas imperfeições da justiça institucionalizada. Ela observa com agudeza que a proteção da lei é para *"os bens jurídicos"*, esquecida a vítima, exatamente ela e a partir de quem se inicia o processo que pretende ser concluído com uma condenação ao réu. Ela aponta objetivos mínimos, mas essenciais às práticas da justiça restaurativa:

> (...) os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à

> prevenção da reincidência e à responsabilização, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo. (Pallamolla, 2009, p. 53)

A justiça restaurativa permite uma convergência de interesses alcançando a vítima, seu ofensor, as pessoas envolvidas em sua prática e a possibilidade de um construir em prol de todos, a fim de dissipar todas as consequências de uma eventual prática criminosa no meio social. Para tanto, a autora identifica três técnicas essenciais e fundamentais, embora autônomas entre si, para dar-se efetividade à justiça restaurativa.

A concepção do encontro é a primeira delas. Trata-se de promover o encontro entre a vítima, o ofensor e outros interessados, em local não-formal, como primeira atitude visando a solução do problema. Isso exige o abandono à passividade e coloca todos os envolvidos para tomar decisões em relação ao delito e o que deve ser feito, porém com a ajuda de um facilitador, sempre com respeito recíproco.

A concepção da reparação. Em havendo uma concepção de justiça, ela deveria reparar e curar as vítimas, como primeiro objetivo; o segundo, reconciliar vítima e ofensor, ou dar a oportunidade para essa reconciliação acontecer. Responsabilizar o ofensor, apesar de suas necessidades, poderá significar sua cura e mudança; a restituição reconhece o valor ético da vítima, percebe o papel do ofensor e dando-lhe a possibilidade do arrependimento. À vitima caberá o espaço para expressar seus sentimentos sobre o fato, perguntar ao ofensor o "porquê" da atitude dele e permitir a ela superar o trauma. Dentro deste prisma, a justiça restaurativa também alcançará o plano material, algo que no sistema penal brasileiro depende do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A concepção da transformação. Para essa corrente de pensamento, a justiça restaurativa tem por objetivo principal transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias, como se relacionam com os outros no dia-a-dia; será uma forma de vida a ser adotada sem haver hierarquia entre os seres humanos. Aproximada ao abolicionismo, as condutas entre crime e outras condutas danosas não terão distinção; todas serão danosas, com a prioridade de identificar quem sofreu o dano, suas necessidades e o que há para ser corrigido.

Essas três compreensões de justiça restaurativa são símiles: todas envolvem encontro, reparação e transformação; o que as diferencia é onde a ênfase é colocada. Importante destacar que a justiça restaurativa não exime o ofensor de severas consequências de sua atitude, mas sempre dentro da lei e de princípios de direitos humanos. Esses princípios encontram semelhanças na Lei do Colarinho Branco, a qual foi criada para inibir práticas ilícitas de operadores do Sistema Financeiro Nacional, que opera a partir das competências do Banco Central do Brasil, o BACEN, autoridade administrativa que fiscaliza a atividade realizada pelas instituições financeiras dentro do SFN.

4 A LEI DO COLARINHO BRANCO

A chamada *Lei do Colarinho Branco* está no Direito Brasileiro faz quase três décadas, em vigor desde 16 de junho de 1986. Ela é alvo de pesadas críticas de doutrina especializada, haja vista que trata essencialmente de Direito Penal Econômico, com a evidente especificidade de punir os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, artigo 192 da Constituição Federal, o qual permanece estruturado em duas vetustas leis: a 4.595/1964, que o criou, e a 4.728/1965, que disciplinou o mercado de capitais. O início do processo penal é a conclusão positiva do processo administrativo de que houve a prática de um tipo penal qualquer dentro daqueles pouco mais de vinte artigos presentes na primeira lei referida.

O tipo legal que define a instituição financeira é o artigo 1º da Lei 7.492/1986, cuja atividade principal ou acessória será a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros e as atividades relativas a transações envolvendo valores mobiliários. A preservação desses mercados,

coibindo específicos tipos legais nela criados, foi a principal motivação do legislador à época, num país que o SFN começava a se tornar volumoso, complexo, volátil, e paradoxalmente frágil.

Essa lei, em seus vinte e um tipos penais – artigos segundo a 23 –, pretende punir o gestor de IF que atuar em desfavor da confiança geral do mercado. O Estado em sempre será a vítima, em primeiro plano.

A principal crítica aos tipos penais é o fato de serem extremamente abertos, e, portanto, desprovidos de limites razoáveis para a compreensão da ilicitude. Por exemplo, o que é "gerir fraudulentamente" (artigo 4º) instituição financeira num mercado cuja principal característica é exatamente o risco de investir em papeis que tanto podem dar efetivos lucros quanto amargos prejuízos? O Superior Tribunal de Justiça rechaçou as conclusões de inquérito da CVM quanto à prática do artigo 4º da lei por entender que não houve omissão dolosa na conduta dos denunciados.

> *RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA. ART. 4.º, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. MOLDURA FÁTICA QUE NÃO SE ADEQUA FORMALMENTE AO TIPO PENAL. "MANIPULAÇÃO DE PREÇOS" E USO DE "PRÁTICAS NÃO-EQUITATIVAS" EM OPERAÇÕES NA BOLSA DE VALORES. CONDUTAS QUE NÃO SE CARACTERIZAM COMO ATOS DE GESTÃO, ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.*
> *1. A fraude, no âmbito da compreensão do tipo penal previsto no art .4º, da Lei n 7.492/86, compreende a ação realizada de má-fé, com intuito de enganar, iludir, produzindo resultado não amparado pelo ordenamento jurídico através de expedientes ardilosos. A gestão fraudulenta se configura pela ação do agente de praticar atos de direção, administração ou gerência, mediante o emprego de ardis e artifícios, com o intuito de obter vantagem indevida (HC 95.515/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, PRIMEIRA TURMA, DJe 30/9/2008).*
> *2. O inquérito da Comissão de Valores Mobiliários, bem como seus esclarecimentos posteriores, imputam aos recorridos, como gerente e diretor responsável da Corretora Zaluski, de permitirem, por omissão dolosa, que se desenrolasse um esquema comandado pelo operador Ricardo Luiz Robini Pinto, no qual ocorria a "manipulação de preços" e o uso de "práticas não-equitativas" em operações na Bolsa de Valores, que geraram prejuízos para investidores institucionais, notadamente para Fundos de Pensões.*
> *3. As condutas imputadas aos réus não se enquadram na seara da prática de fraudes, ardis ou artifícios, em atos de gestão, administração ou gerência da instituição financeira, com potencial de prejudicar a saúde financeira da instituição.*
> *4. Recurso especial denegado. (REsp. 717.447/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015)*

Observa-se pelo julgado que os fatos passaram por momentos diversos e sequenciais, todos relevantes: (i) suas repercussões perante o mercado; (ii) análise perante a autoridade administrativa; (iii) formação, desenvolvimento e conclusão de procedência do processo administrativo competente; (iv) encaminhamento ao MPF para exame; (v) oferecimento da denúncia; (vi) formação do processo penal até o julgamento pelo STJ, cujo teor do acórdão discorre sobre fatos.

O comportamento dos réus, em todas estas fases, com certeza foi acompanhado pelo meio financeiro como um todo, apesar das restrições de acesso a processo penal, seja ele físico ou eletrônico, até a publicação dos acórdãos no tribunal recorrido e no Superior Tribunal de Justiça, com a respectiva publicação do acórdão. Assim, todo o meio em que operavam os réus acompanhou os fatos, desde a sua divulgação perante o mercado, o grande grupo econômico de sua inserção profissional – e até social – culminando com a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Mais que em um processo administrativo e um judicial, esse meio profissional tem severos olhos para a quebra de fidúcia, não tolerando a reinclusão no meio em que estavam aqueles que violaram a ética profissional do grande grupo. A perda de

confiança perante o meio de atuação é a mais severa falta, intolerável, que exclui e impede, moralmente, o retorno à atividade realizada.

O meio acadêmico tem opiniões que oscilam em relação à qualidade da Lei do Colarinho Branco: de inócua a excessivamente rigorosa, resta-lhe a pecha de inadequada para as finalidades para as quais fora criada. Mais que isso, a lei é um referencial para o tempo futuro, e nesse plano ela também não se revela útil porque o mercado mudou profundamente, seja pela sua dinâmica que se tornou potencialmente muito mais intensa, seja pela própria complexidade dele, cuja práxis do dia-a-dia nada tem de comum com o Brasil de três décadas pretéritas, onde o computador pessoal não passava de um sonho de consumo de filmes futuristas. Concebida para colocar na cadeia os maus administradores de IF, com uma reforma em 1995, através da inserção do parágrafo segundo no artigo 25, foi criado o instituto da confissão espontânea, permitida uma redução da pena de um a dois terços. E a partir daí, houve a completa mudança de sua original finalidade.

5 OS PONTOS DE CONTATO

A justiça restaurativa poderá manter pontos de contato com a justiça restaurativa, o que é percebido por quatro modelos bastante objetivos, as quais pretendem superar o modelo de justiça tradicional cuja finalidade última sempre é punir, mas não restaurar, sempre dissociada da principal personagem do teatro do Direito Penal: a vítima. Em sendo assim, a finalidade para o qual ele se propõe jamais será alcançada, exatamente a de alcançar a justiça.

O primeiro modelo é o unificado; o sistema de justiça criminal passará a ser totalmente restaurativo, tomando o lugar do modelo anterior, seus valores e propósitos; a justiça restaurativa será a única opção capaz de solucionar mesmo os casos em que as partes não têm interesse em adesão voluntária.

O segundo modelo traz a justiça criminal operando em paralelo ao sistema de justiça restaurativa, mas este terá independência normativa em relação àquele. Haverá cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitirá a mudança de um sistema para o outro quando desejarem ou por meio de projetos integradores direcionados a áreas de interesse comum. Nesse modelo, em certo estágio do processo penal o caso será encaminhado a um mediador cuja função será alcançar um acordo entre vítima e ofensor. Aceito, será retirada a denúncia; rejeitado, ele impactará na sentença.

O terceiro modelo é uma variação dos anteriores. Orientado à unificação de ambos os sistemas de justiça, a criminal e a restaurativa. Porém a justiça criminal atuará como suporte de forma residual, e apenas no caso em que a restaurativa não obtiver êxito ou naquelas hipóteses em que se discute a culpa do ofensor.

O último modelo é considerado híbrido. Parte do sistema normativo possui valores restaurativos e a outra possui valores da justiça criminal, mas a justiça restaurativa fica limitada à fase da sentença; até ela, o processo será comum; na sentença adotar-se-ão as práticas restaurativas. Nesse modelo, chamado adicional, a mediação é um mecanismo complementar, muitas vezes utilizado depois de o julgamento ter sido realizado; utiliza-se sobretudo nos crimes violentos e em contexto prisional.

A leitura das linhas acima sugere, de início, que o primeiro desses pontos de contato entre a justiça restaurativa e a justiça tradicional é a identificação e aproximação dos atores ou sujeitos envolvidos. Conforme o artigo 25 da Lei do Colarinho Branco, são eles: o controlador da instituição financeira, seus administradores, que são os diretores, e os gerentes, sempre pessoa natural, contratados os gerentes pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 224 e seus parágrafos. O artigo 25 da Lei do Colarinho Branco, e o seu parágrafo segundo, são um convite da lei, àquelas pessoas, à identificação da existência de ilícitos nela tipificados. Esse convite se realiza através de efetiva redução da pena a ser aplicada, na hipótese de prática de ilícito que culmine na respectiva condenação.

> Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).
> § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

A lei procura dar dignidade ao eventual ofensor, recolocando-o num plano ético de evitar a permanência da contaminação do sistema, levando-o à autoridade administrativa que sempre operará no primeiro plano. Assim, a lei procura criar o senso de responsabilização do operador do sistema que extrapolou os limites de tolerância do sistema, nas operações de risco que o caracterizam, permitindo-lhe colaborar diretamente na recomposição do sistema, evitando-lhe maiores danos.

A segunda identificação desses pontos de contato, com o processo administrativo realizado no âmbito do Banco Central do Brasil. Assim, nestas linhas examinar-se-ão apenas a atuação do processo administrativo do BACEN, através das informações veiculadas em seu sítio[1]. A própria Lei 7.492/1986 em seu artigo 28 institui o processo administrativo cujo foro será o Banco Central do Brasil. Trata-se de agir impositivo, e não simples faculdade em que se permita ao BACEN a mínima condição de discricionariedade administrativa.

> Art. 28. Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato.

O BACEN, enquanto autoridade monetária, possui a competência legal de fiscalizar todas as atividades das instituições financeiras, conforme o art. 10, inciso IX da Lei 4.595/1964, instaurando e julgando processos administrativos[2]. Assim, nesse processo serão partes todos os sujeitos do artigo 25 e seu parágrafo segundo da Lei 7.492/1986, ou seja, todas as pessoas jurídicas e naturais referidas na Lei 4.595/1964, na Lei Complementar 105/2001, que trata do sigilo bancário e apresenta o rol de pessoas jurídicas que detêm a condição de instituição financeira, perante aquela autoridade legal.

O processo administrativo será instaurado para identificar eventuais práticas previstas na lei penal acima. As penas, que podem ser cumuladas, são de (i) advertência, (ii) multa, (iii) suspensão, (iv) inabilitação e (v) cassação de autorização legal para operar junto ao Sistema Financeiro Nacional tanto a pessoa natural quanto a jurídica. O processo administrativo, cujo formato está na Lei 9.784/1999, tem prazo prescricional de cinco anos.

Essas sanções administrativas visam manter a atuação dos operadores do Sistema Financeiro Nacional dentro dos mais rígidos padrões éticos, de confiança e de liquidez, considerando-se que o volume de operações e o volume de dinheiro que ocorrem cotidianamente são bastante expressivos, não se permitindo, por estas razões mesmas, a existência de riscos desnecessários, ou de atitudes irresponsáveis praticadas pelos operadores do sistema. Aliem-se a estes fatos a principal característica do SFN, que é o risco na compra e venda de papeis, na captação da poupança alheia para a sua respectiva concessão, e a circulação da riqueza.

As condições de operação do sistema fazem compreender que o órgão fiscalizador deverá ter controles extremamente rígidos e atualizados, sempre visando à melhor confiança e segurança possíveis para o grande público investidor, para a sociedade como um todo, e para o Estado.

---

1 www.bacen.gov.br
2 http://www.bcb.gov.br/?PROCADM

Assim, em havendo na justiça restaurativa a pretensão de aproximar a vítima e seu ofensor, no processo administrativo instaurado para verificar se os atos praticados dentro de uma instituição financeira são, ou não, ilegais, e em que intensidade, encontra-se essa efetiva aproximação. No PAD estarão presentes o Estado, enquanto primeira vítima de quebra de regras das atividades do Sistema Financeiro Nacional, e aquelas pessoas referidas no caput do artigo 25 da Lei 7.492/1986: o controlador, os administradores e os gerentes. A atuação desses operadores, aliada aos rígidos controles existentes sobre a qualidade dos ativos existentes nos bancos, sempre será colocada a nu, permitindo que o BACEN possa avaliar, com efetivo grau de segurança jurídica, se houve, ou não, atitudes passíveis de serem enquadradas no sancionamento administrativo, ou no penal, conforme o caso.

Um eventual segundo ponto de contato entre a justiça restaurativa e o processo administrativo instaurando no âmbito das competências do BACEN consiste, exatamente, nas sanções administrativas. Após a aproximação entre o Estado, enquanto vítima, e o operador do sistema, pessoa natural ou jurídica, o infrator da lei, será possível avaliar o grau de intensidade dessas infrações. Por certo, há limites talvez subjetivos, mas o BACEN há de considerar que os operadores do sistema têm obrigações legais prévias, desde a autorização administrativa para a criação, instalação, inserção no sistema e operação no mercado, para avaliar se houve uma atuação inserida no contexto de risco, ou se houve um agir imprudente, quiçá com reserva mental, capaz de se traduzir num ilícito administrativo, ou num ilícito penal que açambarca aquele.

A atividade fiscalização do BACEN é permanente. A partir da informatização do Sistema Financeiro Nacional, que se consolidou no início do Século XXI, todas as instituições que operam o SFN, mesmo as pessoas naturais, tem acompanhamento direto via sofisticados sistemas que apontam margens mínima e máxima de tolerância das operações. A simples aproximação dessas margens impõe alertas antecipados, em tempo real, a partir da efetiva operação da IF dentro de limites mínimos e máximos, os quais passam a ser acompanhados de modo mais direto pela autoridade monetária.

Em consequência, há constantes aberturas de processos administrativos visando a correta apuração dos fatos constatados a fim de que, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e da decisão administrativa corretamente fundamentada, haja a perfeita compreensão de fatos e de procedimentos, com suas respectivas consequências. O processo poderá exprimir três possíveis resultados: (i) improcedência, (ii) procedência, com aplicação de sanções administrativas, cumuladas ou não, e (iii) aplicação daquelas mesmas sanções administrativas com encaminhamento para abertura de processo penal contra a pessoa jurídica ou a pessoa natural.

No ano de 2014[3], houve um total de 620 sanções aplicadas pelo BACEN. No segmento de pessoas naturais (ou físicas, conforme consta no artigo 17, parágrafo único da Lei 4.595/1964), foram punidas 391 pessoas com diversas sanções. Assim, observa-se que a atuação da pessoa natural ainda é o ponto mais sensível do sistema, o que não impede seja a atuação respectiva acompanhada de perto pela autoridade monetária.

A sanção administrativa ela, por si só, tem o perverso efeito de tachar o operador punido de pessoa não-confiável. Por certo que a punição, ao ser publicada no DOU representa o final de uma longa agonia ao operador, mesmo que de boa-fé tenha tomado atitudes que culminaram com a sanção administrativa. A partir da abertura do PAD, a pessoa natural tem sensível diminuição de seu status perante o mercado, que é altamente seletivo. Assim, a administração de recursos de terceiros, tendo no dinheiro o bem jurídico de maior relevância na hipercomplexa sociedade de consumo do Século XX, exige não haja a menor suspeita quanto à credibilidade do operador em seus misteres perante o SFN; ausente a confiança, a perda de status será imediata, não raras as vezes paga com a perda de seu emprego. Poderá reinserir-se no mercado cuja nova posição será à toda evidência de pequeno prestígio.

3 http://www4.bcb.gov.br/fis/PAD/relat_gepad.asp?idpai=procadm&idRelatorio=2

6 CONCLUSÃO

A justiça restaurativa é o novo modelo de justiça que será paulatinamente instituído, compreendido, aperfeiçoado e institucionalizado, em substituição à justiça comum, sempre imperfeita. À justiça restaurativa compete a difícil missão de aproximar a vítima, o ofensor e a participação da sociedade, que não pode se omitir nesse grave mister que lhe compete.

No contexto dos ilícitos penais envolvendo os operadores do Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/1986 traz pelo menos dois pontos de contato com certos princípios da justiça restaurativa. O primeiro deles, como foi visto, é o de aproximar o Estado, visto como vítima, e o ofensor, o operador do SFN, a fim de identificar eventual prática lesiva ao sistema, como um todo. O segundo ponto de contato, consequência direta do anterior, será o de criar o senso de responsabilização do ofensor do sistema, evitando que eventuais práticas lesivas tendam a contaminar outros operadores e causar prejuízos passíveis de serem sanados.

A justiça restaurativa encontra na Lei do Colarinho Branco dois induvidosos pontos de contato com a justiça tradicional, os quais podem ser aperfeiçoados visando exatamente a higidez do Sistema Financeiro Nacional, num maior grau de segurança que o atual.

UNILASALLE
CANOAS-RS

SEGURANÇA URBANA E PRISÃO: A PERMANÊNCIA DA CENTRALIDADE DA PRISÃO NA MÁQUINA DO CONTROLE SOCIAL.

Daniel Achutti[1]
Fiammetta Bonfigli[2]

RESUMO: O presente trabalho é parte do projeto *Reducing Boundaries*, desenvolvido em parceria entre o Unilasalle Canoas, a Universidade IUAV de Veneza e a Latitude (Bélgica), com financiamento da Comissão Europeia. O objetivo deste trabalho é, em primeiro lugar, abordar a compreensão sobre segurança e insegurança a partir das mudanças na definição desses conceitos, bem como as suas aplicações no contexto urbano; em segundo lugar, inserir o cárcere no contexto de tal análise, a partir da percepção da prisão como peça fundamental dos mecanismos contemporâneos de controle social. Por fim, propõe-se realizar uma comparação entre as situações de Itália e Brasil a partir de seus dados de encarceramento, com o propósito de demonstrar as semelhanças nos processos de criminalização e exclusão por meio do encarceramento seletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança urbana, prisão, Itália, Brasil.

1 SEGURANÇA/INSEGURANÇA URBANA: UM CONCEITO EM CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO.

Práticas discursivas e atos normativos se entrelaçam para definir o conteúdo do objeto "segurança" dependendo da época histórica, do contexto geográfico, da agenda política e, no geral, das mudanças que as sociedades, em particular as de "capitalismo avançado, mas não só", tem enfrentado nos últimos anos.

Foucault define a segurança como uma das três modalidades ou mecanismos do dispositivo penal.

A primeira modalidade é aquela típica, legal, baseada na distinção entre permissão e proibição e no emparelhamento *ação proibida-punição*. A segunda é a disciplinar, baseada no surgimento de uma serie de técnicas de tipo policial, médico e psicológico da vigilância e da transformação "das almas" dos indivíduos (FOUCAULT, 1993)

A segurança, por fim, é aquele dispositivo que em primeiro lugar insere o ato criminoso dentro de uma série de eventos prováveis, em segundo lugar relaciona as reações do poder a um cálculo de custos e, enfim, determina uma média com umos limites entre os quais o fenômeno não tem mais que acontecer (FOUCAULT, 2010).

Se queremos entender estas mudanças do conceito de segurança é interessante compreender o caso italiano. A esse respeito:

> O desenvolvimento de políticas de segurança assim como as entendemos hoje é um fenômeno bastante recente na Itália […] a palavra chave neste novo vocabulário é paradoxalmente uma palavra antiga no contexto italiano. O termo 'segurança' é hoje utilizado sem o seu adjetivo de 'pública' [...] O conceito de 'segurança', ao que aparentemente os diferentes atores atribuem o mesmo significado, é ao contrario muito mais complexo e problemático do que no passado. Desde quando foi separado do seu adjetivo 'pública' (que imediatamente dá uma conotação própria do aparato de

1 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle Canoas. Advogado. Email: daniel.achutti@unilasalle.edu.br
2 Pos-Doutoranda (bolsista CAPES) em Direito - Unilasalle Canoas. Doutora em sociologia juridica pela Università degli Studi di Milano (Italia). Email: fiammetta.bonfigli@unilasalle.edu.br

> justiça penal) e inserido na arena política, virou um termo de vez em vez definido pelos interesses dos atores envolvidos (SELMINI, 2011).

Outro elemento fundamental é a identificação dos atores envolvidos nessa ressignificação, ou seja, os que partindo de pontos diferentes criam o que Paolucci (2011:25) define como "construção discursiva da insegurança urbana".

Em primeiro lugar o Estado, que tem que ser considerado também nas suas ramificações territoriais.

O Estado age no campo da segurança, de duas formas: uma forma repressiva e uma produtiva no sentido foucauldiano do termo.

O segundo ator é o mercado, que tem uma relevância muitas vezes esquecida, mas fundamental, sobretudo se pensamos em tudo o que pode ser considerado o *business* ou *indústria* da segurança dos últimos anos (CURBET, 2006, PAOLUCCI, 2011): "A instalação capilar de dispositivos de controle do território urbano, a difusão de sistemas de defesa ativa e passiva das unidades habitacionais, as cercas que tanto povoam o território urbano, são já um claro indicador da importância que este ator tem no campo da segurança"(PAOLUCCI, 2011: 27).

O terceiro ator é representado pelo sistema mediático, muitas vezes inspirador de políticas populistas e emergenciais contra a *onda de insegurança e violência*, cúmplices de campanhas alarmistas contra o *inimigo* contra quem se pede sempre mais a mão dura. A mídia entendeu há um bom tempo como o medo e a insegurança podiam ser elementos caracterizantes a nova fase de crise dos poderes tradicionais e, buscando o fácil consenso dos leitores, fomentam uma cultura do medo e da suspeita – e, claro, geram um considerável rendimento financeiro.

Chiesi e Costa (2011) relevam como estes três atores interferem na relação entre a percepção de segurança dos habitantes (segurança subjetiva) e taxa de criminalidade em um território (segurança objetiva). Assim, há um processo de individualização e privatização da segurança urbana, processo ajudado pelas enquetes sobre vitimização. Essas enquetes operam uma seleção dos riscos que não é meramente técnica e descritiva, mas essencialmente atravessada por escolhas, valores e modelos relativos a um contexto político e institucional determinado: "Quanto é segura uma cidade 'bastante segura'? Quem decide e quais são os critérios? Quais os riscos? […] a definição técnica de risco não é nem técnica, nem neutra" (PITCH; VENTIMIGLIA, 2001:41).

Sonia Paone reforça (2008: 31-32): "O termo insegurança recebeu uma verdadeira metamorfose semântica. A mudança aconteceu em duas direções: a simplificação e a associação semântica com alguns fenômenos particulares […] a partir dos anos 1990 a palavra segurança passou a ser sistematicamente associada à incolumidade pessoal e dos bens, assim como a decadência urbana é associada à presença de imigrantes, da criminalidade de rua, de consumidores de drogas".

Graças ao famoso artigo *Janelas quebradas*, de Kelling e Wilson, publicado nos Estados Unidos em 1982, e às políticas do ex-prefeito de Nova York Rudolph Giuliani, as *incivilidades urbanas* tem alcançado cada vez mais importância na temática da insegurança. Utilizando a *decadência* como critério para "limpar" os bairros considerados como "problemáticos", as incivilidades urbanas têm sido incluídas em várias políticas municipais e programas para a segurança dos bairros.

O referido artigo de Kelling e Wilson relata, em primeiro lugar, os resultados de um programa estadual no Estado de Nova Jersey chamado *Safe and Clean Neighbourhood Program*. Este programa introduzia o uso massivo do patrulhamento policial a pé em 28 cidades do Estado e virou internacionalmente conhecido como a política da "Tolerância Zero". Embora a desconfiança dos mesmos policiais, o programa é descrito em termos absolutamente positivos: se é verdadeiro que a taxa de criminalidade não se reduziu, a percepção de segurança dos habitantes do bairro aumentou. Os autores do artigo respondem assim a esta contradição aparente:

> Muitos cidadãos, com certeza, estão com medo do crime, especialmente o crime que comporta um imprevesivel e violento ataque por parte de um desconhecido. Este risco é muito real em Newark e em muitas outras grandes cidades. Mas nós tendemos a subestimar outra fonte do medo – o medo de ser incomodado por pessoas desagradáveis. Não violentos nem necessariamente criminosos, mas pessoas pouco recomendáveis ou indisciplinadas ou imprevisíveis: mendigos, bêbados, adolescentes barulhentos, prostitutas, ou doentes mentais" (KELLING; WILSON, 1982: 1-2).[3]

O fator do pânico cidadão então passa a ser não só o crime, mas o "desvio" constituído por um estilo de vida em descompasso com a normalidade estabelecida. Em tal contexto, a qualidade de vida de um bairro está baseada na limpeza do que é considerado como *estranho* ou *desagradável*.

Assim os autores do artigo descrevem a ação da polícia nos bairros em que foi aplicado o programa:

> As pessoas na rua são principalmente pretas; o policial era branco. As pessoas se constituíam em 'regulares' e 'estranhos'. Os regulares incluíam as 'pessoas respeitáveis' e algum bêbado ou morador de rua que estavam sempre ali, mas 'sabiam estar no lugar deles'. Os 'estranhos' eram obviamente estranhos e olhavam com suspeita ou às vezes com preocupação. O policial, vamos chamar ele de Kelly, conhecia os regulares e eles conheciam ele. Ele entendia seu trabalho como o de ter um olho aberto sobre os estranhos e assegurar-se que os regulares pouco recomendáveis observassem algumas regras informais, mas geralmente aceitadas. Os bêbados e os drogados podiam sentar-se nas escadas, mas não deitar. As pessoas podiam beber nas ruas secundárias, mas não nas principais. As garrafas tinham que ficar em sacolas de papel. Conversar, incomodar ou pedir dinheiro para as pessoas nas paradas de ônibus era rigidamente proibido (1982: 2).[4]

UNILASALLE CANOAS-RS

Esta breve descrição evidencia quem são os sujeitos acusados de ameaçar a segurança e a qualidade do bairro. A relação entre *indecência* do bairro e o sentimento de insegurança é evidenciada através de um mecanismo de tipo consequencial, e a metáfora utilizada é a da *janela quebrada*: se a janela de um bairro não é consertada quando quebradas, logo as demais janelas serão quebradas, gerando (a sensação de) insegurança.

Se o foco das políticas de segurança deixa de ser o crime e passa a ser o desvio, o sujeito *outsider*, os *anormais*, ou a *classe perigosa*, os *unsuitable enemies* passam a ser o principal objeto da atenção policial e o principal cliente do sistema penal.

2 O PAPEL DA PRISÃO NAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA URBANA.

Analisando as transformações que o conceito de segurança/insegurança e as práticas normativas registraram nas últimas décadas surge uma pergunta fundamental: a prisão perdeu seu papel central enquanto mecanismo de controle social, ou permanece como importante dispositivo repressivo?

Se as práticas de controle urbano parecem refletir um tipo de vigilância líquida (BAUMAN, 2014), em que os dispositivos tecnológicos tomam conta do controle dos sujeitos no contexto urbano, como pensar na prisão? Ou, melhor dito, que papel tem a prisão neste *palinottico* (BRUNO, 2013) em que todos observam todos?

Tais questões foram propostas em entrevista realizada com o Prof. Giuseppe Mosconi[5] (Università degli Studi di Padova, Itália), conhecido por seu trabalho no âmbito da criminologia crítica e do abolicionismo penal.

---

3 Tradução livre.

4 Minha tradução para o português.

5Entrevista realizada em janeiro de 2016, em Padova, Itália, com o consentimento informado do entrevistado e autorização para uso público do conteúdo. Foi também autorizada a sua identificação.

Mosconi destacou como a prisão pode ser considerada um laboratório de verificação das tendências de uma sociedade entre prevenção e repressão. A prisão é o núcleo duro destes tipos de discursos e permite analisar a existência de processos sociais sob a representação jurídica.

A prisão é o teste de quanto uma sociedade está disposta a mudar a si mesma e as suas logicas entre reforma e repressão.

Em relação ao contexto italiano, pode-se dizer que a mudança ainda está longe de acontecer. O discurso da reforma carcerária virou argumento para a elaboração e aplicação de medidas de prevenção de caráter extralegal e administrativo, que em nenhum momento conseguem escapar da lógica positivista, e apenas reproduz o mesmo *modus operandi* do sistema penal tradicional.

Ao perceber a proliferação de medidas urbanas sobre segurança (*ordinanze urban*e) aprovadas depois do *Pacchetto Sicurezza* (Lei n. 94/2009) e que concedem aos prefeitos poderes extraordinários em termos de ordem pública, pode-se verificar como as condutas e os sujeitos objetos da referida Lei são exatamente os mesmos que compõem a maioria da população carcerária: imigrantes e pequenos traficantes de droga.[6]

Se, como refere Mosconi, na sociedade existe sempre um conflito entre tendências conservadoras e tendências de superação da lógica criminalizadora, pode-se dizer que a situação está longe de ser considerada favorável para quem advoga pela redução ou pela abolição do cárcere.

As medidas administrativas têm mantido o caráter classista e racista do sistema penal, sem ter conseguido minimizar ou eliminar o papel da prisão, pelo contrário: asseguram um sistema extralegal ou para-legal que, mantendo as características punitivas do controle social, sequer consegue assegurar as mínimas garantias legais próprias desse sistema aos novos sujeitos-objetos dessas políticas.

Se no caso do uso massivo dos dispositivos de segurança (video-vigilância, internet, etc.) é possível dizer que vivemos em regime de visibilidade permanente ou absoluta, a prisão permanece funcionando como lugar onde a invisibilidade é soberana. Com indivíduos escondidos do restante da sociedade, atrás de muros e grades, organizados e classificados em um espaço de submissão contínua, estamos enfrentando o problema da exclusão e da seletividade em carne viva. A prisão funciona ainda como o lugar em que o caráter seletivo, violento e punitivo da sociedade funciona em sua potência máxima e em sua forma mais brutal.

3 A PRISÃO NO BRASIL E NA ITÁLIA: CENTRALIDADE DA PUNIÇÃO, DIFERENTES SELETIVIDADES.

Conforme Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2000, pp. 100-101),

> no âmbito do sistema judicial, as reformas institucionais são apresentadas como tentativas de dar conta do aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança que se verifica nos grandes aglomerados urbanos. A pressão da opinião pública, amplificada pelos meios de comunicação de massa, pressiona no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a chamada política de 'tolerância zero', adotada pela prefeitura de Nova Iorque no início dos anos 90, e defendida por diferentes setores do espectro público. O pressuposto dessa política de segurança pública é a perda de eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social.

É possível dizer, em consonância com o panorama apresentado por Azevedo (2000), que uma crise atravessa o direito penal e processual penal brasileiros:

6Dados ISTAT falam de um 34 % de estrangeiros na prisao e que nao podem aceder as medidas alternativas: http://www.istat.it/it/archivio/153369

> Enquanto no direito penal percebe-se uma desenfreada busca da segurança [pública] através da edição de inúmeras leis penais, do aumento das penas em abstrato já existentes e da criação de novos tipos penais inseridos em leis atualmente em vigor, no processo penal é possível dizer que três opções são colocadas à disposição dos atores jurídicos: **(a)** utiliza-se aquilo que Choukr [2002] chamou de *Processo Penal de Emergência*; **(b)** inicia-se o respeito à Constituição da República e a todos os seus princípios processuais penais (...); ou **(c)** passa-se a pensar em novas formas de administração da justiça criminal (ACHUTTI, 2009, pp. 55-56).[7]

Para Azevedo (2004, p. 40), a expansão do direito penal é uma das tendências mais evidentes nas sociedades contemporâneas, com a invasão de "campos da vida social anteriormente não regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais." O direito penal – e, portanto, em última instância, a prisão – acaba sendo utilizado de forma contingencial como mecanismo público de gestão de condutas, e não mais como última alternativa para a proteção de bens jurídicos.

Em relação ao processo penal, é possível verificar um alargamento dos poderes instrutórios do juiz, permitindo ao magistrado criminal exercer papel que deveria ser exclusivo das partes. Tal possibilidade contraria os postulados de um processo penal equilibrado, e seria a característica central, conforme mencionado acima, do que Choukr (2002) denomina de *processo penal de emergência*. As Leis nº. 8.072/1990, 9.034/1995, 9.613/1998 e 9.807/1999 são exemplos privilegiados – e, desafortunadamente, concretos – da sua adoção no país.

Com Aury Lopes Jr. (2004), é possível dizer que:

> tal estratégia não passa de mero paliativo frente à criminalidade, uma vez que o processo penal não serve para combater o crime e o delinqüente, mas tão-somente para que ninguém seja penalizado sumariamente, sem direito a defesa, contraditório, etc. (ACHUTTI, 2009, p. 57).

Na esteira das reformas ampliadoras do poder punitivo – verificadas tanto na esfera penal quanto na esfera processual penal – o Brasil há muito segue ampliando sua população prisional, sem questionar, em momento algum, a efetividade de tal ampliação.

Em junho de 2014, o país apresentava um número aproximado de 607.731 (seiscentas e sete mil, setecentas e trinta e uma) pessoas presas,[8] o que representa a mais alta população carcerária da sua história e a quarta maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia.[9] Proporcionalmente (número de presos/100.000 habitantes), o país ocupa a 31ª posição no mesmo ranking.

Considerando ainda que, em 2009, aproximadamente 671.078 (seiscentas e setenta e uma mil e setenta e oito) pessoas cumpriam penas ou medidas alternativas[10], o número total aproximado de pessoas

---

7 Conferir também Azevedo e Carvalho (2006).

8Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen – Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

9Fonte: World Prison Brief. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 27 mar. 2016.

10 Referido dado encontrava-se disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e fazia referência ao ano de 2009, desacompanhado de informações sobre os anos seguintes. Ao buscar a atualização do dado no mesmo endereço, em 27 de março de 2016, consta que a página não está mais disponível. Também não foi possível encontrar, no sítio do Ministério da Justiça, informação atualizada sobre o número de pessoas cumprindo penas ou medidas alternativas. O dado mencionado acima estava disponível, em 10 de fevereiro de 2012, no seguinte endereço eletrônico: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&params=itemID={38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>.

em contato com o sistema legal de controle do crime alcança a vultosa cifra de 1.278.809 (um milhão, duzentos e setenta e oito mil, oitocentos e nove).

O que se destaca – negativamente, vale frisar – são os dados que se verificam sobre a população encarcedada: mais de 2/3 (dois terços) se autodeclaram negros, enquanto a população autodeclarada negra no Brasil não passa de 51%; em termos de faixa etária, 56% possui entre 18 e 29 anos; e quanto à escolaridade, 68% possui, na melhor das hipóteses, o ensino fundamental incompleto. Acerca do tipo de crime pelos quais estão encarcerados, aproximadamente 50% corresponde a delitos envolvendo drogas (tráfico, sobretudo) e crimes patrimoniais.

A Itália, por sua vez, apresenta situação de aparente regularidade na quantidade de pessoas encarceradas. Todavia, tem-se que uma parte importante do contingente encarcerado – que, em fevereiro de 2016 somava um total de 52.846 (cinquenta e duas mil, oitocentas e quarenta e seis) pessoas – possui nacionalidade estrangeira, ou seja: a seletividade italiana, diferentemente da brasileira, tem como alvo estrangeiros – leia-se: imigrantes.

Em números absolutos, os estrangeiros/imigrantes encacerados na Itália somam 17.679 (dezessete mil, seiscentas e setenta e nove) pessoas, o que representa 33,45%. Desse total, 16,7% são do Marrocos, 15,9% da Romênia, 13,9% da Albânia, 10,9% da Tunísia, 3,9% da Nigéria, 3,5% do Egito, dentre outros.

Apesar do baixo número de pessoas encarceradas e de ocupar posição discreta em termos proporcionais (encontra-se, respecitvamente, na 37ª e na 154ª colocação no ranking da *World Prison Brief*), tem-se que ao se tomar o propósito do uso da prisão (exclusão de imigrantes, tidos como um grupo de *indesejados* socialmente), a prisão não deixa de ocupar posição de destaque como mecanismo de segurança social.

Na Região do Vêneto – onde se desenvolve o projeto *Reducing Boundaries* - tem-se que a situação é alarmante: do total de 2.111 (dois mil, cento e onze) presos, o número de estrangeiros representa 53,52%, ou 1.130 (um mil, centro e trinta) pessoas. A proporcionalidade (metade italianos, metade estrangeiros) não permite conclusão distinta: a prisão, na região pesquisada, é o mecanismo de controle por excelência da população imigrante.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

4 A TÍTULO DE CONSIDERAÇÕES FINAIS: SOBRE A NECESSIDADE DE NOVAS PERSPECTIVAS DE SEGURANÇA PÚBLICA.

Como se percebe dos dados apresentados, Brasil e Itália diferem significativamente quanto ao número absoluto de encarcerados (607.731 no caso brasileiro, 53.846 no caso italiano), mas se aproximam quando o assunto é a seletividade penal. Enquanto os brasileiros prendem, por excelência, negros, jovens, de baixa escolaridade e focam em delitos patrimoniais ou que envolvem drogas, a Itália privilegia a prisão de estrangeiros/imigrantes, com especial destaque para a região do Vêneto, que tem dentre seus apenados mais de 50% de estrangeiros (53,54%).

Ambos os países parecem sobre do mesmo problema de diversos outros países ocidentais: fracassaram na tentativa de oferecer uma segurança pública cidadã, e optaram, como forma de responder a uma suposta onda de criminalidade – provocada por pobres, negros, jovens, ou por estrangeiros – através do mesmo mecanismo que, há mais de 200 anos, segue funcionando de maneira seletiva e excludente.

Debora Regina Pastana (2009), por seu turno, aponta para um entrave importante para a ampla utilização da prisão no Brasil: a existência de um significativo *déficit democrático nacional*, que aponta para a fragilidade da democracia no Brasil e, naturalmente, acaba por atingir o sistema penal e seus operadores.

Segundo a autora, é necessário observar que a abertura política brasileira dos anos 1980 deve ser vista com reservas, com a admissão de que se vive em uma precária democracia, caracterizada por

um sistema eleitoral e partidário desproporcional e frágil, e por uma marcante ausência do exercício da cidadania, diante do fato de que a sociedade brasileira é movida política e socialmente pelo clientelismo e pelo autoritarismo (PASTANA, 2009, p. 44).

Para sustentar o seu argumento, a autora se utiliza de pesquisas de opinião que, realizadas no período compreendido entre 1995 e 2004, apresentaram um baixo índice de adesão da população aos princípios e aos ideais democráticos. Em especial, cita o estudo intitulado "Democracia na América latina", realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que "atestou o amplo descontentamento popular com a democracia no Brasil, reforçando também a desconfiança crescente do cidadão brasileiro com as instituições democráticas" (PASTANA, 2009, p. 45).

Dentre os motivos apontados para explicar esta constatação, a autora destaca que, apesar do exercício dos direitos políticos por meio do voto, boa parte da população sequer reconhece o significado da expressão *democracia,* e enfrenta uma considerável desigualdade social e um controle social marcadamente autoritário. Com tal contraste, os cidadãos não vislumbram "a correlação necessária e fundamental entre a cidadania política, a cidadania social e a cidadania civil", permanecendo amarrados e inertes frente à "consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos" (PASTANA, 2009, p. 47).

Tal realidade, segundo Pastana (2009, p. 47), acaba por se refletir também no funcionamento da justiça penal. Enquanto a abertura política possibilitou novos debates sobre a cidadania, com o reconhecimento constitucional da democracia e, em especial, dos direitos e garantias individuais e coletivas, quando o assunto migra para a justiça penal estes ideais são abandonados e, solenemente, permitem que mecanismos violentos e autoritários se sobreponham sem maior resistência. Esta contradição é verificada, conforme a autora (PASTANA, 2009, p. 48), no comportamento dos profissionais jurídicos, que não percebem que a forma como atuam apenas colaboram para a manutenção de um sistema desigual e seletivo:

> sem identificar diretamente que presta um serviço público, que por obrigação deveria ser democrático, esse campo age de forma seletiva encarcerando majoritariamente os pobres, reprimindo movimentos populares e se protegendo de qualquer intervenção alheia. Mantendo a estrutura econômica em vigor, toma todas as medidas necessárias, muitas delas violentas, mas sem abalar as formalidades democráticas, apenas desconsiderando as questões sociais (PASTANA, 2007, p. 49).

Esta forma de atuação reflete, segundo Pastana (2009, pp. 57-61), a percepção da legislação como razão instrumental de legalidade, importada das faculdades de direito portuguesas aos primeiros cursos jurídicos do país, que influenciou e continua a influenciar os juristas brasileiros. A função do magistrado, por exemplo, ainda é vista por muitos como a de um mero aplicador da lei, um verdadeiro "escravo da legislação", que não pode considerar nada além do que não esteja na lei ou no processo para emitir a sua decisão.

Nesse contexto, de baixa adesão democrática, não se percebe como possível desvincular a percepção do uso da prisão como mecanismo central de segurança pública no Brasil. Na Itália, tal quadro pende de análise, mas é possível perceber que, a partir de culturas jurídicas semelhantes, os resultados tendem a ser diversos em alguns pontos, mas a prisão, provavelmente, ocupa posição central, do mesmo modo, no imaginário popular, sobretudo enquanto a demanda por segurança seguir viva como mantra político e social.

REFERÊNCIAS:

ACHUTTI, Daniel. Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal. Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Informalização da Justiça e Controle Social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

_____. Tendências do Controle Penal na Época Contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. In: São Paulo em Perspectiva, vol. 18, n. 1, 2004.

BAUMAN, Z. Vigilância liquida. Brasil: Jorge Zahar, 2014.

BRUNO, F. Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade. Sulina, 2015.

CHIESI L., Costa P. "Tenuta dello spazio pubblico e insicurezza. Politiche per la socialitàurbana come fattori immunizzanti", in Amendola G. (a cura di), Insicuri e contenti. Ansie e paure nelle città italiane, Napoli: Liguori, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CURBET, J. La glocalización de la (in)seguridad. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2006.

FOUCAULT, M. Sorvegliare e Punire. Nascita della prigione. Torino: Einaudi, 1993.

_____. Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978), Milano:Feltrinelli, 2010.

KELLING, G.L., Wilson, J. Q., Março. "Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety", The Atlantic Magazin,1982. Disponivel em: <ww.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/.>

PAOLUCCI, G. "Descrivere o prescrivere? La costruzione discorsiva dell'insicurezzaurbana", in G. Amendola (a cura), Insicuri e contenti. Ansie e paure nelle città italiane. Napoli: Liguori, 2011.

PAONE, S. Città in frantumi. Sicurezza, emergenza e produzione dello spazio, Milano: Franco Angeli, 2008.

PASTANA, Debora Regina. Justiça Penal no Brasil Contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Unesp, 2009.

PITCH T., Ventimiglia C. Che genere di sicurezza. Donne e uomini in città, Milano: Franco Angeli, 2011.

SELMINI R. "Towards città sicure? Political action and institutional conflict incontemporary preventive and safety policies in Italy", in Theoretical Criminology, n°9, 2005.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – METODOLOGIA DA ANÁLISE DAS LEIS LOCAIS PARA IDENTIFICAR AS PRESSÕES SOCIAIS ORIGINÁRIAS

CANOAS, 2016.

O SIMULACRO DO INTERESSE PÚBLICO NA REGULAÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA

Umberto Abreu Noce[1]

RESUMO: Com o objetivo de desvelamento dos conceitos que estruturam as relações entre Estado e Economia, inseridos em uma falsa dicotomia entre estatismo e liberalismo, este trabalho explorou que a opção por qualquer um destes modelos não atende ao interesse público. Neste sentido, foi abordada a questão do interesse público como um simulacro para legitimar a manutenção de privilégios, seja em mãos estatais ou do mercado. Por fim foi defendida a necessidade de que as decisões econômicas sejam submetidas a escrutínio público anteriormente à sua implementação.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Simulacro. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Direito e Economia são visto como ramos do conhecimento dotados de uma estrutura metodológica que, ao leigo, parece intransponível. Utilizando-se de uma linguagem encriptada, estas áreas, dada a inegável relevância social, são instrumentalizadas pelos detentores do poder como forma de afastar a participação social das decisões políticas e econômicas. Neste trabalho, apresentaremos a forma pela qual as relações de poder, em um contexto de democracia representativa, operam como um verdadeiro simulacro de modo que, através de falsas dicotomias, legitimam um modelo de privilégios econômicos e políticos.

Neste sentido estabelece-se uma falsa dicotomia entre estatismo ou liberalismo econômico que, em verdade, apenas alteram o detentor dos privilégios, mas sempre mantendo o interesse social alijado de efetiva participação política.

Inicialmente apresentaremos as relações existentes entre Direito e Economia, demonstrando serem áreas intrinsecamente relacionadas. Se o Direito exerce forte influência sobre as práticas econômicas, decerto que a Economia interfere diretamente em proposições jurídicas.

Em seguida, serão apresentadas as teorias postas como antagônicas, de liberalismo ou estatismo econômico, oportunidade em que exporemos suas características, contradições e evoluções.

Ao final, informaremos a inexistência de efetiva dicotomia entre estatismo e liberalismo econômicos, que de fato somente alteram o detentor dos privilégios, e sempre afastado o interesse público, embora seja sob esta ótica que se fundamentem. Neste sentido, é apresentado o simulacro que legitima estes padrões de dominação, em um modelo de democracia representativa, que não permitem a participação social nas atividades econômicas.

Como conclusão, defenderemos a necessidade de as decisões econômicas do Estado serem submetidas a escrutínio público, de forma a garantir não apenas que os rumos econômicos possuam caráter democrático, mas que também não sirvam a interesses predominantemente particulares e sim ao interesse público.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Imbricadas em uma relação de retroalimentação, Direito e Economia apresentam-se como áreas complementares do conhecimento. Enquanto a Economia usualmente foi definida como ciência que

1 Advogado e Mestrando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas gerais; *Umberto.noce@hotmail.com*.

estuda o ser, o Direito ofertava como objeto de estudo o dever ser, quais as regras de conduta socialmente desejadas.

Se é válida a afirmação de que onde há sociedade há Direito, a máxima igualmente se aplica à Economia. Da mesma forma que não se vislumbra uma sociedade sem regras, não é possível crer em uma comunidade sem transações de bens. É exatamente neste aspecto que se verifica a correlação entre as duas áreas.

Visto que as normas legais decorrem de convenções sociais formadas através de reiterações de usos, as práticas econômicas consistem exatamente nestes usos, que também formam convenções sociais, mas que podem ser ratificadas ou não pelo ordenamento jurídico. Assim, se compreende que as condutas regulares – usos – possuem condição de interferir na criação do Direito, todavia, admite-se que a recíproca é verdadeira (WEBER , 2011). Em outras palavras, da mesma maneira que a reiteração de uma prática econômica, já convencionada socialmente, tem o condão de "criar" o Direito, a norma legal da mesma forma condiciona a atividade mercantil.

Superada a concepção de uma teoria pura do Direito, tornou-se a Economia, concomitantemente à Sociologia, instrumento de inserção de cientificidade ao estudo jurídico, através de análises de previsão comportamental da sociedade em decorrência da existência ou não de determinada norma (COOTER; ULEN, 2010). Neste sentido, deve-se, na criação ou aplicação das leis, socorrer-se de conceitos econômicos a fim de estabelecer um prognóstico das consequências do ato legal. Por exemplo, são utilizados saberes da economia para prever o impacto de determinada sanção no comportamento da sociedade ou como uma alteração de regras tributárias implicará nas transações econômicas.

Por outro lado, não há possiblidade, em um contexto de legalidade e de complexidade presente nas relações econômicas, que o agente econômico não inclua o Direito em seus custos de transação. Neste sentido advertem Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi que *"as leis são comandos de autoridade que impõe custos ou benefícios aos participantes de uma transação na economia e que sofrem incentivos (Positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento."* (PINHEIRO; SADDI, 2005, pg 13).

Ampliando o campo de análise, o próprio conceito de ordem econômica pressupõe que o desenvolvimento da prática comercial seja estruturado em molduras legalmente estabelecidas, evitando-se, por conseguinte, o balizamento unicamente ancorado na procura do bem estar individual, mas sempre considerando a coletividade. A título de exemplo, embora preserve a livre iniciativa como princípio da ordem econômica, a Constituição da República determina que o impulso para tanto deverá ser a justiça social, asseverando o caráter de busca de felicidade coletiva nas práticas econômicas, e não apenas dos envolvidos.

Neste sentido, as principais funções do Direito sobre as práticas comerciais são garantir o equilíbrio mínimo nas relações, sua voluntariedade, bem como a redução do seu impacto sobre terceiros. Por fim, e talvez a mais importante intromissão das leis sobre as práticas econômicas, consiste em decidir o que pode ou não pode ser objeto de alienação.

Com clareza, explicam Robert Cooter e Thomas Ulen:

> Além de facilitar as transações comerciais, o direito também restringe atividade de negócios. Os corpos de leis que restrigem as atividades das empresas incluem os delitos civis e crimes, de que este livro trata, bem como assuntos que não abordamos aqui (principalmente regulamentação e tributação). As restrições jurídicas são necessárias para assegurar que as transações sejam voluntárias. O furto precisa ser desestimulado, assim como o intercâmbio precisa ser incentivado. As restrições jurídicas também são necessárias proteger pessoas afetadas por transações que não são partes envolvidas nelas. Assim, na venda de um carro, as partes raramente levam em consideração o congestionamento ou poluição do ar adicional que essa transação fará outras sofrerem (COOTER; ULEN, 2010, Pg 26).

UNILASALLE CANOAS-RS

Com efeito, existem bens que o Direito não permite que sejam colocados no mercado. Não há defesa razoável pela admissão da transação do voto em eleições públicas, de produtos de crimes, de órgãos humanos, dentre outros. Em suma, há bens que são classificados como inalienáveis, e os são pelas mais diversas razões.

Apresentada a relação entre direito e economia, a seguir exporemos as teorias sob as quais são embasadas as escolhas legais que interferem no mercado.

3 TEORIAS DA REGULAÇÃO

Não se questiona a característica do Direito concebido como instrumento de regulação das relações sociais, estabelecendo normas de conduta desejáveis aos indivíduos com o fim de assegurar a maximização do bem estar social. Em toda sua amplitude, através de sanções ou não, o Direito exerce este papel de regulação.

Neste ponto, interessante ressalva dever ser feita no sentido de, uma vez superada a concepção binária do ordenamento jurídico, apenas diferenciadora entre o lícito e o ilícito, se operou uma alteração na própria visão do sistema legal. Inegável, pois, a condição de indução ora realizada pelo Direito. Com efeito, não mais se admite a ordem legal como instrumento estático, apenas distinguindo as condutas pela sua legalidade ou ilegalidade, todavia, diante da complexidade nas relações sociais, caracterizadas pela sua fluidez, é certo que o Direito assumiu papel de transformação social, interferindo diretamente não apenas em políticas públicas, mas também induzindo o particular a agir de determinada maneira, principalmente através do instituto da sanção premial.

Neste sentido é que se encontra o cerne do Direito Econômico, ramo do Direito que atua diretamente sobre as relações de mercado, através de técnicas normativas que efetivem a política econômica adotada pelo Estado. Dada a sua interdisciplinaridade, Eros Grau trata-o como sincretismo metodológico (GRAU, 2002), visto entender que deste ramo pode advir um conceito de interpretação de todo o Direito. Com efeito, o objeto fundamental deste ramo do Direito, tanto em sentido amplo como micro, é a intervenção do Estado no domínio econômico (MONCADA, 1988).

Portanto, a regulação econômica nada mais é do que a aplicação do Direito sobre a atividade da economia, seja estabelecendo sanções para condutas indesejadas, seja induzindo determinadas práticas através de benefícios previstos em normas, ou simplesmente afirmando um marco regulatório incidente sobre determinado ramo. A seguir estão expostas as principais características desenvolvidas para esta área de penetração do Direito sobre a conformação social, sempre adequada ao viés ideológico adotado pela política pública em voga.

Contudo, cumpre-nos apontar a usual distinção estabelecida pela doutrina entre regulação e regulamentação. Enquanto a última possui caráter mais estático, com normas estabelecidas mediante procedimento mais rígido, a segunda possui natureza mais dinâmica, atuando conforme a demanda social. Em suma, enquanto a regulamentação estabelece regras gerais e sempre a priori, a regulação atua tanto anteriormente como corretivamente sobre determinado fato econômico.

Ocorre que, embora não desconheçamos esta distinção, utilizaremos o termo regulação de forma ampla, abarcando tanto a regulação como a regulamentação.

3.1 Teoria Clássica- Estado Liberal

Consoante nos ensina Chang (CHANG, 1997), pode se depreender o grau de otimização de um mercado capitalista através da forma pela qual o Estado opera a regulação. Neste sentido, a magnitude da intervenção estatal sobre a economia irá variar de forma inversamente proporcional à aceitação desta comunidade quanto ao próprio sistema capitalista.

Cabe a importante referência de somente ser pertinente a discussão acerca da regulação econômica em um contexto capitalista, quando há liberdade econômica, porquanto somente nesta condição o Estado pode atuar como agente regulador, em oposição a um poder controlador se ausente esta liberdade. A própria utilização do termo intervir corrobora o alegado, visto que somente se intervém em algo externo, distinto, clarificando a necessária separação entre Estado e mercado para estudo da regulação econômica.

Com efeito, sob os ares de um liberalismo político que insurgia em oposição a um regime absolutista, coube a Adam Smith a tarefa de viabilizar a ponte entre a liberdade política à liberdade econômica (NUSDEO, 2015). Uma vez ampliadas as liberdades políticas com as quedas dos regimes despóticos, emergiu socialmente uma pretensão de correlação desta liberdade também no âmbito comercial, com a valorização das liberdades individuais, da não intervenção estatal na vida privada e da livre concorrência. Vigorava, à época, uma noção contratualista do Estado, que deveria ser estendida à ordem econômica.

Passou-se a verificar, portanto, uma prevalência do ser sobre o dever ser. Em outras palavras, confiantes na autorregulação do mercado, advogava-se que ao Estado incumbia estabelecer apenas regras que garantissem a propriedade privada e o cumprimento dos contratos, e o restante se conformaria naturalmente, em razão da justiça – que se acreditava imanente - decorrente das relações econômicas. É valiosa a lição de Eros Grau:

> As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente o mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal. (GRAU, 2012, pg. 71).

UNILASALLE
CANOAS-RS

Contudo, esta concepção clássica de liberalismo comercial não foi capaz de prever as distorções inerentes à concepção de justiça decorrente somente da liberdade e da igualdade formal entre os indivíduos. Com efeito, por desconsiderarem a concepção de poderio econômico (GRAU, 2012), instrumento de desequilíbrio nas relações comerciais, os liberais clássicos não possuíam um "remédio" para as denominadas falhas de mercado.

Neste sentido se fez necessária uma evolução desta corrente de pensamento para uma outra, ainda de matriz liberal, que defendia a intervenção estatal somente quando verificada a ocorrência da falha de mercado. Em suma, não houve afastamento dos dogmas tradicionais, mas apenas a admissão de restrição da liberdade em situações pontuais. Fábio Nusdeo, (NUSDEO, 2015) aponta para o fato de, nesta nova configuração, caracterizada pelo surgimento de um Estado regulador, permaneceram vigentes os postulados (neo) liberais, contudo restou imposta a necessidade de levar em consideração as imperfeições do mercado.

3.2 Teoria do Bem Estar Social – Estado Intervencionista.

Ao passo que doutrina liberal clássica da intervenção econômica surgiu em oposição a um modelo mercantilista de Estado, também como contraponto àquela advieram as teorias intervencionistas, defendendo uma forte atuação pública sobre a atividade comercial. Inspiradas inicialmente em doutrinas socialistas, inclusive com apoio papal pela edição da encíclica RerumRenovarum, esta concepção estatizante alcançou seu apogeu sob a batuta dos ideais de John Maynard Keynes, que, de teoria inicialmente crítica à condução ortodoxa da ordem econômica, passou, tamanha a sua aceitação, a se caracterizar paradoxalmente como ortodoxia (SHAPIRO, 1994).

Sustentada na ótica de ser o Estado um ente imparcial nas relações econômicas e, desse modo, apto a atender o interesse público em face dos interesses privados envolvidos, em transações naturalmente desequilibradas – e portanto injustas – estas teorias defenderam a existência de um direito coletivo a ser salvaguardado, ainda que distinto dos interesses individuais envolvidos. Com o fim de impor maior justiça às transações comerciais, este modelo de condução política implicou em maior centralização das decisões econômicas nas mãos do Estado, com a consequente restrição da liberdade de comércio aos particulares. Fábio Nusdeo caracteriza com propriedade este modelo:

> A principal característica do modelo de autoridade vem a ser a justaposição, ou melhor, a coincidência dos planos decisórios político e econômico, nas sociedades que o adotam. Ou seja, as decisões econômicas, pelo menos as de caráter básico, são avocadas pelo poder político e nele centralizadas. Daí um outro nome pelo qual este sistema é também conhecido: sistema centralizado. (NUSDEO, 2015, pg. 88)

Dessa maior participação do Estado na vida social consequentemente advém a necessidade de ampliação de seu corpo burocrático e, outrossim, redução dos recursos disponíveis à iniciativa privada. EjanMackaay e Sthéphane Rousseau afirmam que "o poder servirá para redistribuir uma parte da produção da sociedade ao detentor do poder, a seus próximos, e a qualquer pessoa que venha designar, e pelas razões que decidir" (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015 , pg 160).

Na esteira, são as lições da Raymundo Faoro:"O Estado, envolvido por uma camada de domínio, um estado-maior de governo, o estamento de feição burocrática, se alimenta de uma classe, a classe comercial, que ele despreza e avilta" (FAORO2016, pg 91)

Este corpo burocrático, após estabelecida a centralização do poder, passa a atuar conforme seus próprios interesses direcionando as decisões econômicas de forma viciosa com o fito de não perder o controle social, mas sempre alimentando sua máquina de funcionamento. É o que Raimundo Faoro (FAORO, 2016) define como abraço sufocante.

Ademais, por deter o aparato informacional, é facilitada à Administração Pública a tarefa de "criar" uma demanda para direcionar seu orçamento para este fim e, assim, manter o foco de decisão sob seu controle (MACCKAY ; ROUSSEAU, 2015). Em outras palavras, o Estado forja uma demanda social e, através de um discurso legitimador, condiciona a consecução desta finalidade à adoção de determinada prática, que com frequência se distingue dos interesses da sociedade.

Portanto, assim como a doutrina liberal exposta anteriormente, a forte estatização da economia implica distorções que, além de não atingirem efetivamente o efeito desejado de redução das injustiças, implicam em escolhas não raramente divorciadas do interesse social, mas apenas estabelecidas com objetivo de manutenção do corpo do poder.

Desse modo, em razão da falência das visões descritas acima, faz-se necessária a adoção de uma nova forma de condução das políticas econômicas, o que será objeto de proposição neste trabalho.

4 DA OPOSIÇÃO ENTRE ESTATISMO E LIBERALISMO- INTERESSE PÚBLICO COMO SIMULACRO

Inserta em uma aparente dicotomia entre estatismo ou liberalismo, o que se verifica é que a atuação estatal de regulação da atividade econômica, no contexto de um Estado Democrático liberal, incorre em uma paradoxal circunstância de mera alteração do detentor do privilégio, se o Estado ou o agente econômico. Conforme adverte Michael Walzer (WALZER, 2003), a fuga do privilégio privado consequentemente implica na concessão de privilégios estatais, de sorte que, nas palavras deste autor, mobilizaremos o poder para controlar o monopólio, depois procuraremos algum meio de controlar o poder que monopolizamos.

Por certo, adota-se como naturais dicotomias que não o são, mas que desta forma são estabelecidas para legitimar um modelo liberal de Estado Democrático (MAGALHÃES, 2013), sob a tutela de um conceito de democracia representativa. Enquanto imersos em uma ótica de nós e eles – neste caso, entre Estado e mercado -, não será possível aferir efetivamente qual o sistema se está a legitimar e, por conseguinte, aplicar uma condução democrática da economia.

Conforme será melhor exposto no tópico posterior, todavia sem nenhuma pretensão de apresentar o tema em sua real amplitude, somente através do desvelamento desta falsa dicotomia se poderá construir a ponte de uma efetiva participação popular nas decisões econômicas.

Com efeito, se adotada uma linha mais estatizante da condução política, a tendência é a conformação de uma máquina pública estagnante da economia, que concentrará a atividade comercial para manutenção de sua burocracia estatal, não raro com objetivos diametralmente distintos ao da sociedade (FAORO, 2016). Ao seu turno, se adotada uma visão liberal – e supostamente antagônica - ,o mercado, por sua tendência de concentração de bens, favorecerá os detentores do capital econômico e cultural (SOUZA, 2015).

Ocorre que ambas as hipóteses são formuladas sob a mesma justificativa: o atendimento ao interesse público. A concepção liberal, por entender o fortalecimento de uma economia livre como instrumento de otimização da alocação de bens e, desse modo, ser o caminho para o bem estar social, ao passo que, a pretensão mais estatizante, se justifica pela tese de, em contraposição às injustiças inerentes ao mercado, ser o Estado o ente imparcial nas relações jurídicas, e assim capaz de proporcionar maior proteção social.

Em uma análise ampliada, as duas concepções, que apenas conferem para grupos distintos privilégios econômicos, encontrarão baliza em um modelo de democracia representativa. Explico: Após eleito o representado, o cidadão não possui mais controle sobre a sua atuação e qualquer linha que venha a ser adotada se justificará no discurso de atendimento ao interesse público, com a legitimidade conferida pelo voto.

Portanto, independente do rumo definido, sob esta ótica falsamente dicotômica, a coletividade será alijada dos bens sociais, visto não possuir instrumentos efetivos de influência nas decisões econômicas. Assim, o que defende neste estudo é a adesão de um conceito de condução democrática da economia, com a efetiva participação social nas decisões políticas.

4.1 Desencriptação – A necessidade de uma condução democrática da economia

Como exposto no tópico anterior, é com base em falsas dicotomias que se mantém a estrutura de dominação verificada nas democracias representativas e, por conseguinte, alijamento do povo das decisões de poder. Entretanto, este antagonismo irreal depende de um procedimento para tornar-se socialmente aceitável. Neste intuito, os detentores do poder alçam a participação política a um patamar científico, dominado por poucos (MENDES; SANIN, 2012), e assim mais facilmente apreendido de forma predominante por determinado grupo.

Com efeito, há uma especialização da linguagem corrente nas relações de poder – sejam jurídicas, políticas ou econômicas – que afora afastar a participação popular das decisões, proporciona a formulação de um disfarce (simulacro) sob o qual se acomodam as falsas tensões apresentadas, que na verdade servem para manutenção de um modelo de dominação, tratando como simétricos entes tão assimétricos como o Estado e o mercado quando comparados ao indivíduo.

Na esteira são formuladas algumas máximas. Como a de que o consumidor é quem determinaria os rumos do mercado ou que o cidadão (eleitor) é quem determinaria as decisões do Estado.

No tema exposto neste trabalho, pode-se até alterar o ente que concentrará o privilégio sobre os bens sociais, se o Estado ou o mercado, porém, qualquer que seja a opção, a sociedade permanecerá alheia às decisões políticas. Com efeito, embora Gabriel Méndes e Ricardo Sanin (MENDES; SANIN,

2012) centrem sua teoria na questão do liberalismo como o sistema que unifica a economia política e o direito, é fato que as noções por estes autores apresentadas acerca da encriptação do direito e das críticas apresentadas ao modelo representativo de democracia são inegavelmente aplicáveis a questão ora discutida.

Sustentam que à medida que o exercício da política torna-se objeto de questões prioritariamente jurídicas, e o poder constituinte passar não mais a ser exercido pelo povo, mas sim por um grupo de especialistas, as constituições se configuram como um instrumento antidemocrático. Por tratarem a população como uma abstração teórica, e neutralizarem os conflitos políticos, os modelos de democracia representativa possuem o condão de subjugar o interesse social aos interesses do poder. Todavia, conforme ressaltado no tópico anterior, faz-se necessária a criação do discurso de defesa do interesse público como instrumento de manutenção do simulacro criado.

Com profunda clareza, Sanín explica o simulacro:

> Este simulacro opera em diversos modelos abrangentes, primeiro, "simula" o lugar original do poder constituinte, substituindo pelo "Estado", o "soberano", por "normas fundamentais" ou "teorias dialógicas racionais". Porém logo captura e suprime a democracia como dinâmica social, onde o conflito é simulado em consensos, a decisão política é simulada em eleições, a igualdade é simulada por direitos humanos que terém um modelo primeiro de igualdade, a liberdade é simulada no mercado, a inclusão e a diversidade são simulados por complexas operações de racionalidade jurídica, o sujeito é simulado em operações prévias de inclusão y exclusão, a "paz perpétua" é simulada pela Nações unidas (SANÍN, 2013, pgs. 240-241)

Como visto, a dominação depende de um discurso legitimador. Uma vez enfraquecidas a visão tradicional de domínio pela força, se fez necessária a utilização da linguagem como instrumento para tal fim. Após convencido que determinada situação seja natural, ou legitimamente forjada, a capacidade de reação do indivíduo é acomodada ante condições sociais injustificáveis.

Elucida Jessé Souza:

UNILASALLE
CANOAS-RS

> É isso que faz com o que mundo social seja sistematicamente distorcido e falseado. Todos os privilégios e interesses que estão ganhando dependem do sucesso da distorção e do falseamento do mundo social para continuarem a se reproduzir indefinidamente. A reprodução de todos os privilégios injustos no tempo depende do "convencimento",e não da "violência". Melhor dizendo, essa reprodução depende de uma "violência simbólica", perpetrada com o consentimento mudo dos excluídos do privilégio, e não da "violência física". É por conta disso que os privilegiados são os donos dos jornais, das editoras, das universidades, das Tvs e do que se decide nos tribunais e nos partidos políticos.(SOUZA, 2015, pg. 10)

Diante desse quadro, premente a necessidade de desencriptação das relações de poder, a fim de possibilitar efetiva participação popular, e fugir de formulações postas como naturais, como o antagonismo entre estatismo e liberalismo econômico, e tornar democráticas as decisões econômicas do Estado. Reconhecida a crise da concepção representativa da democracia, é preciso que se adote um padrão de efetiva participação da sociedade no exercício do poder, garantindo ao indivíduo um pressuposto básico da democracia, que é a prerrogativa que possui o cidadão de também governar e não apenas ser governado (MÉNDES; SANÍN, 2012).

Assim, a política econômica não pode se manter inserida em uma dicotomia entre regular ou não, mas deve estar sujeita a um questionamento casuístico, de quando regular e o porquê se deve regular. Expondo a necessidade de verificar o impacto da regulação, Max Weber (WEBER, 2011) apontava pela necessidade de verificação dos efeitos da existência da norma a cada caso específico, negando a possibilidade de definições a priori de uma concepção econômica.

Uma vez negada a definição a priori de um padrão a ser aplicado de forma indistinta, entendemos que as definições acerca de regular ou não, bem como os termos para eventual regulação deverão ser submetidos a escrutínio público. Tal medida não apenas democratizaria a condução econômica do Estado, como também evitaria a conformação de privilégios e detenção dos bens sociais em poder de determinado grupo. Ademais, é forma eficaz de redução do fenômeno da corrupção, exercido neste campo pelo que a doutrina define como captura, em que representante de determinado grupo econômico oferece vantagens ao agente público para obter a regulação favorável a seu grupo.

É nesta direção o ensinamento de Michael Wazel:

> Por conseguinte, o consumidor não é e jamais poderá ser soberano. Ele só é capaz de escolher dentre uma série de produtos, mas não tem poder para provocar a criação de outros artigos, mais adequados a suas necessidades, no lugar dos que lhe são oferecidos. Quem toma as decisões fundamentais são os proprietários e os administradores dos grupos empresariais ou os grandes varejistas: eles decidem o circuito de mercadorias dentro do qual nós outros fazemos nossas opções e, assim, não obtemos, necessariamente, o que queremos (mesmo). Gorz conclui que essas decisões deviam ser coletivizadas. Não basta o mercado ser limitado; é preciso que ele seja substituído pela política democrática. (WAZEL, 2003, pgs. 151-152)

Por fim, é a maneira que nos parece mais se aproximar do ideal de atendimento ao interesse público, mas em sua verdade faceta. Não se pode, como já afirmado, entender como democrática a participação popular apenas por eleições periódicas para definição dos representantes. Atrevemo-nos a dizer que, no contexto de democracia representativa, vivemos sob um Estado de Direito, contudo não pode ser definido como democrático.

Acerca da necessidade de participação efetiva dos cidadãos como forma de consolidação de uma democracia de fato,

> o poder legítimo não é aquele outorgado pelo povo, como transferência, por ato formal de poucos segundos e que depois desaparece, a legitimidade do estado está na vontade do povo, que dá origem ao poder, mas está também no exercício do poder, permanente ação do povo na relação de poder, quer através de instrumentos políticos (como plebiscito, destituição, resistência, etc.) quer através de mecanismos administrativos, do que se chama administração participativa, que é um direito fundamental. (SALGADO, 1998, p. 53)

Por sua vez, se democracia somente se efetiva pela direta participação popular nas decisões políticas, e se a Economia se revela como área de profunda importância sobre a vida das pessoas, falta legitimidade ao Estado definir, sem consulta popular, quais serão os rumos a serem adotados como política econômica.

5 CONCLUSÃO

Após identificado o falso antagonismo de políticas econômicas estatizantes ou liberais, realizado mediante método de encriptação das relações de poder, é através da radicalização da democracia que se fará possível maior justiça nas relações econômicas, com a participação social nas definições das regras. A democracia se estabelece como verdadeiro ato de resistência ao poder posto a economia, seja predominantemente estatal ou do mercado. Sanin assim descreve este apontamento: *"De maneira que a democracia é a ideia, porém a ideia como experiência, como prática cotidiana da resistência, que está presente em todo o exercício de oposição à violência homogeneizante do capitalismo liberal."* (SANÍN, 2013, p. 257).

Portanto, o que defendemos é a verdadeira participação social na definição de políticas econômicas, com os rumos a serem adotados definidos através da escolha popular. Como já ressaltado,

não mais se admite como democrático um modelo em que os cidadãos apenas exerçam periodicamente o direito de eleger seus representantes para que por eles decidam. De fato, é preciso, para efetivação da democracia, que o indivíduo possa influenciar nas decisões políticas e não apenas definir quem as tomará como seu representante.

Assim, decisões de cunho econômico devem ser submetidos ao crivo popular antes de implementada pelo Estado, como forma de garantir a decisão mais democrática possível, evitando a consolidação de privilégios. Neste sentido, a privatização de uma empresa estatal, as alterações de normas de aposentadoria, ou a liberação ou não do exercício de determinada atividade de cunho econômico devem de forma obrigatório ser objeto de escrutínio popular antes de adotada.

A título de exemplo, recentemente, através de consulta popular, a cidade de Austin, capital do Texas, nos Estados Unidos, rejeitou adotar regras mais brandas para funcionamento de duas empresas que prestam serviços de transporte individual de passageiros, ofertados mediante aplicativos de celular. Embora bastante populares em todo o mundo – e tenham investido aproximadamente nove milhões de dólares em campanha - esta comunidade fez a opção por não aceitar a flexibilização das regras pretendidas por estas empresas.

Verifica-se, pois, que não foi o poderio econômico, a pressão de grupos organizados, tampouco a captura dos agentes reguladores que determinou qual seria a definição econômica a ser adotada nesta cidade, mas a decisão livre de seus indivíduos após sopesarem o que lhes pareceu mais correto.

Defendemos neste trabalho que esta participação não ocorra de forma pontual, mas sim de forma corrente, a incidir sobre todas as decisões de maior relevo social. Esta participação, além de garantir uma decisão mais democrática, estabelece um laço maior de interação social na vida pública, reduzindo, embora em grau reduzido, a tensão ora verificada no modelo de democracia representativa. Sobre esta interatividade descrevem desta maneira Wilson Gomes e Rousiley Maia:

> [...] capaz de produzir um efeito igualmente importante na cultura política, pois contribui [...] para recompor a sensação de efetividade política na esfera civil e para produzir o sentimento de que os agentes políticos devem responder à cidadania pelas suas decisões e pelas suas ações referentes aos negócios de interesse público, [levando] à formação de um cidadão mais cioso de sua força política e a uma classe política mais ciente das suas obrigações democráticas de prestação pública de contas. (GOMES; MAIA, 2008, pg.311)

Portanto, sob pena de restarmos repetitivos, são incontáveis os avanços que decorreriam da implantação desta participação direta da sociedade nas decisões econômicas. Com efeito, a forma através da qual esta participação se efetivará, se através de plebiscitos, referendos, participação digital, deverá ser analisada casuisticamente, dado o relevo da definição a ser deliberada. Todavia, o que não resta mais possível é o alijamento do indivíduo das decisões de direito impacto em sua vida.

REFERÊNCIAS

CHANG, Há. Joon :Disordely Coordination: The limited Capacities of States and Markets. Paper prepared for the Seminario Internacional em Instituições e Desenvolvimento Econômico, Rio de Janeiro, 1997.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. São Paulo. Globo, 2016

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. Comunicação e democracia: problemas e perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACKAAY, Ejan ; ROSSEAU,Stéphane. Análise Econômica do Direito. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃE, José Luiz Q. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia: Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2013.

MÉNDES, Gabriel y SANIN, Ricardo. 2012. La ConstitucionEncriptada: Nuevas formas de emancipaciondel poder global em Rhedes, Revista de Derechos Humanos y EstudiosSociales. Año IV, n. 8, deciembre de 2012

MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada: 1988.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. São Paulo: Elsevier, 2006.

PIKETTY, Thomas. O Capital no século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Teoria Crítica Constitucional. San Luís Potosí: USLP, 2013.

SHAPIRO, Edward. Análise Microeconômica. São Paulo: Atlas, 1994.

SALGADO, Joaquim Carlos.O estado ético e o estado poiético. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais,ano xvi, n. 21998.

SOUZA, Jessé. A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015

WALZER, Michael. Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. O Direito na Economia e na Sociedade. São Paulo: Ícone editora, 2011.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – A ENGENHARIA, O DIREITO E O AMBIENTE

CANOAS, 2016.

UMA ABORDAGEM SOCIOAMBIENTAL DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE AREIA DO RIO JACUÍ – RS

Luciano Franco Machado[1]
Rubens Müller Kautzmann[2]

RESUMO: O estudo de pesquisa buscou abordar aspectos socioambientais da atividade de extração de areia do Rio Jacuí – RS, abrangendo, portanto, os municípios de Arroio dos Ratos, Butiá, Charqueadas, Cachoeira do Sul, General Câmara, Minas do Leão, Rio Pardo, São Jerônimo, Triunfo e Vale Verde. A motivação da pesquisa se deu pela dimensão regional e pública que a discussão dos impactos ambientais desta atividade nos últimos 10 anos. O objetivo principal da pesquisa foi identificar e discutir alguns aspectos, mesmo que pontuais, que permitam dar início a construção de uma abordagem socioambiental e de sustentabilidade desta importante atividade de mineração. A produção de areia no RS, tradicionalmente, tem origem na lavra em leitos de rio e no Lago Guaíba, no contesto geográfico da Depressão Central. Nas décadas de 1980 e 1990, esta atividade, passa a ser regularizada e controlada, inicialmente pelo DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral) e, em seguida, pela FEPAM (Fundação Estadual de Proteção Ambiental). Com a retomada do desenvolvimento econômico do País, na década de 2000, se intensifica também a produção de areia, juntamente com as restrições ambientais, que culmina em 2006 em uma Ação Civil Pública, que coloca como réus, as três maiores mineradoras de areia do RS, e os órgãos gestores, DNPM e FEPAM. Neste contexto, e sobre os fundamentos da sustentabilidade ambiental, indicativos socioeconômicos e conhecimento das práticas de mineração e da sua gestão ambiental a pesquisa pretende trazer para a academia a discussão sistêmica desta atividade. Os elementos sistêmicos trabalhados pela pesquisa foram: o tratamento dos dados de produção, comercialização de areia e Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, fornecidos pelo DNPM, no período de 2010 - 2014, dados estatísticos do Produto Interno Bruto – PIB per capita, no período de 2010-2012, dos Índices de Desenvolvimento Humano - IDH do ano de 2010, dos municípios citados. Também buscou-se informações sobre a Ação Civil Pública nº 2006.71.00.028285-1/RS. A pesquisa constatou a dependência do segmento da construção civil pela areia lavrada no Rio Jacuí, o aprimoramento dos procedimentos de fiscalização e controle implantados pelos órgãos públicos e a existência de estudos técnicos, preliminares, que contrariam a imagem pública, que imputa somente à mineração, como causadora das transformações do ecossistema do Rio Jacuí.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade Socioambiental. Rio Jacuí. Extração de areia.

---

1 Possui mestrado em Avaliação de Impactos Ambientais, pelo Unilasalle (2015). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2011). Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção - DF (2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2006).Cursou mestrado em Direito Ambiental (como aluno especial as seguintes disciplinas: Meio Ambiente e Relações de Consumo, e Direito Ambiental Econômico) pela Universidade de Caxias do Sul - UCS (2009). Graduação em Administração pela Ulbra (2010) (interrompida). Professor bolsista do IFRS da disciplina de Direito do Consumidor, com foco na sustentabilidade, vendas e consumo (2014); e-mail: advenfo@gmail.com.

2 Possui graduação em Engenharia de Minas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul(1980), mestrado em Pós Graduação Em Engenharia de Minas Metalurgia e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul(1996), doutorado em Pós Graduação Em Engenharia de Minas Metalurgia e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul(1999) e mestrado-profissionalizante em Química Aplicada pela Universidad Politécnica de Catalunya(1999). Atualmente é Engenheiro de Minas do Ministério de Minas e Energia, professor titular do Centro Universitário La Salle - Canoas, Revisor de periódico da RCA. Revista de ciências ambientais (Unilasalle), Membro de corpo editorial da RCA. Revista de ciências ambientais (Unilasalle), Revisor de periódico da REM. Revista Escola de Minas (Impresso), Revisor de periódico da Revista Lasallista de Investigación, do Departamento Nacional de Produção Mineral, Membro de corpo editorial da Ingenieria y Ciencia e Revisor de periódico do Educação Ciência e Cultura. Tem experiência na área de Engenharia de Minas. Atuando principalmente nos seguintes temas:Troca Iônica, Resina Aniônica, Aurocianeto, Cianocomplexos; e-mail: rubensm@unilasalle.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O profissional do Direito Ambiental necessita entender o mecanismo de análise da Avaliação de Impactos Ambientais para melhor compreender e confeccionar pareceres jurídicos sobre questões ambientais em atendimento às demandas sociais.

O recente conflito de posições pró e contra a atividade de extração de areia em leito de rio, com foco especial ao Rio Jacuí, deflagrou atos jurídicos e administrativos que culminaram na revisão do serviço de licenciamento ambiental no Estado do Rio Grande do Sul.

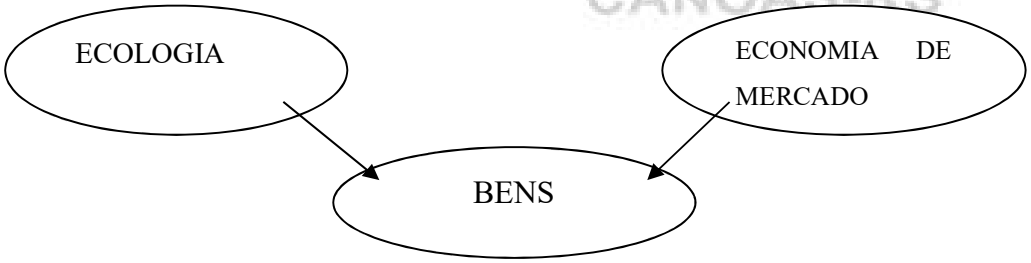
Para este tipo de atividade as empresas mineradoras recebem a outorga de concessão mediante as condições do artigo 56 e demais disposições do Código de Mineração regulamentado pelo Decreto n º 62. 934/68 (DNPM). É dessa atividade que segundo Lelles (2005), é possível listar alguns impactos negativos causados pelo processo de extração mineral nos rios. Podendo gerar impactos sociais e econômicos na comunidade local.Considerando que o desenvolvimento socioambiental sustentável, fator de obtenção do justo equilíbrio entre aspectos sociais e da ecologia, princípio encontrado no art. 170 da Constituição Federal de 1988, exige a integração de ações entre a administração pública, o empresário e a comunidade local, pretende, o presente estudo, discutir alguns aspectos socioambientais, entendidos como relevantes a análise da sustentabilidade da atividade de extração de areia no Rio Jacuí.

2 ASPECTOS SOCIOAMBIENTAIS

O enfrentamento dos problemas ambientais da atividade de extração de areia do Rio Jacuí, passa necessariamente pela tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo estudo de gestão-político para o desenvolvimento em padrões da economia socioambiental de mercado. Padrões esses, orquestrados pelo princípio da economia de mercado, exposto na Figura 1:

UNILASALLE CANOAS-RS

Figura 1 – O Princípio da economia de mercado



Fonte: Autoria própria, 2015.

Sarlet (2010) propõe que a vinculação dos complexos da ecologia e da economia de mercado poderia ser produzida nos seguintes termos: os bens ambientais, que até agora foram explorados como bens livremente disponíveis, passariam a ser tratado como bens escassos. Tendo em vista essa preocupação, no caso da mineração, entende-se que este segmento necessita desenvolver políticas socioambientais, sem deixar de lado a ecologia e a visão na economia de mercado, onde o aproveitamento do bem mineral deve ser maximizado em sua eficiência e o impacto ambiental minimizado e compensado.

Um dos pontos chave da política socioambiental é a responsabilidade social de um empreendimento. Exemplo de modelo a ser utilizado é o Programa Atuação Responsável que estabelece códigos de práticas gerenciais, sendo seis os códigos gerenciais referentes às seguintes questões:

> ➢ Segurança de processos, com o objetivo de garantir que não ocorra acidentes nas instalações industriais, identificando as fontes de riscos para atuar preventivamente;
>
> ➢ Saúde e segurança do trabalhador: para garantir melhores condições de trabalho tanto para os trabalhadores próprios quanto para terceiros;
>
> ➢ Proteção ambiental: como o objetivo de gerenciar os processos de produção da forma mais eficiente possível, procurando reduzir a geração de efluentes, emissões e resíduos;
>
> ➢ Transporte e distribuição: para otimizar todas as etapas de distribuição, visando reduzir riscos das atividades de transporte e melhorar as ações em respostas aos acidentes no transporte de produtos minerais;
>
> ➢ Diálogo com a comunidade, preparação e atendimento a emergências: objetivar manter canais de comunicação com os trabalhadores, vizinhos e outras comunidades e atuar em casos de emergências;
>
> ➢ Gerenciamento do produto: para que as questões relativas à saúde, à segurança e ao meio ambiente sejam consideradas em todas as fases de desenvolvimento, produção, manuseio, utilização e descarte de produtos.
>
> (BARBIERI, 2004, p. 130).

Ainda, uma responsabilidade socioambiental segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) NBR 16001 enuncia: "Responsabilidade social é a relação ética e transparente da organização com todas as suas partes interessadas, visando o desenvolvimento sustentável" (ABNT NBR 16001, 2004). Dando destaque para o desenvolvimento sustentável, a NBR 16001 trata no seu enunciado aspectos socioambientais sem mencionar o termo socioambiental.

CANOAS-RS

2.1 Índice de Desenvolvimento Humano Municipal - IDHM

O Índice de Desenvolvimento Humano - IDH desde a sua primeira publicação em 1990, o índice é calculado anualmente. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (BRASIL, 2016), que desde 2010, sua série histórica é recalculada devido ao movimento de entrada e saída de países e às adaptações metodológicas, o que possibilita uma análise de tendências. Aos poucos, o IDH tornou-se referência mundial. É um índice-chave dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas e, no Brasil, tem sido utilizado pelo governo federal e por administrações regionais através do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM).O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal – IDHM considera a renda, longevidade e educação, além de apresentar outros fatores, população, estrutura etária, trabalho, habitação e vulnerabilidade social.

Ao observar os fatores trabalhados para a obtenção do resultado do IDHM o município poderá utilizar esses parâmetros como uma ferramenta de referência para realizar o planejamento público. A fim de estrategicamente escolher e desenvolver a melhor ação de governo para promover seu IDHM, com melhorias na educação, na empregabilidade, habitação entre outros.

2.2 Produto Interno Bruto – PIB

O PIB é a soma da produção de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, em determinado período de tempo. Para Lanzana (2012) o importante é observar que o PIB inclui não apenas a produção de bens (tangíveis), como também a produção de serviços (não tangíveis).

O PIB também revela o crescimento econômico do país, considerando determinado período (um ano). Nesse sentido, Silva (2000) afirma que o PIB na realidade é o mais importante agregado macroeconômico, de vez que seu valor constitui uma síntese do resultado da atividade econômica de um país. E para o PIB per capita quanto maior for a riqueza do país, mais o cidadão se beneficia.

2.3 A compensação financeira pela mineração

A CFEM é o pagamento realizado em contraprestação à utilização econômica dos recursos minerais. Foi estabelecida pela Constituição Federal de 1988, artigo 20, §1º. Tendo como seu fato gerador no ato da venda do produto mineral, realizado pelo minerador, na sua utilização e consumo. O retorno econômico da atividade de mineração aos municípios, referente ao recolhimento das alíquotas da Compensação Financeira da Extração Mineral – CFEM, segundo Villaverde (2013), os critérios debatidos são puramente econômicos e de importância estratégica para o País e para o Estado. No caso do ouro, por exemplo, acredita que se possa fixar também em 4% a CFEM. Já os minérios que dizem respeito à construção civil, como areia, cascalho, brita, argila, rocha ornamental e água mineral terão alíquota mínima. Na mesma linha, Luz (2012) refere que a constituição assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União participação no resultado da exploração de recursos minerais, ou a compensação (CFEM). O tributo segue na ordem de 0,2% a 3% dependendo da substância mineral.

2.4 A mineração de areia em leito de rio e no Rio Jacuí

No Brasil a extração de areia ocorre preferencialmente em leito de rios, correspondendo a 70%, enquanto os 30% restantes, são extrações de areia em cavas secas e cavas inundadas nas imersas de planícies costeiras e fundo de vales, terraços aluviais dentre outros compartimentos geomorfológicos (LUZ, 2012).

Na região do baixo Jacuí a extração de areia é realizada por dragas que escavam e removem a areia, transportadas nos mesmos barcos-draga, quando se utiliza o processo de sucção da areia, pouco utilizadas, são as instalações fixas de dragagem de alcatruz.

A operação dos barcos-dragas conforme Zanette (2014) é restringida por determinações ambientais, que estabelecem o comprimento das tubulações de sucção.

Este ponto é hoje, o principal embate entre mineradores e a FEPAM. Alegam, que mesmo tendo licenças ambientais que permitem a extração até 8 ou 10 m de profundidade, conforme o caso, a restrição ao comprimento do cano sucção não permite este alcance. Considerando que a operação ocorre com 70º de inclinação, a profundidade de alcance do cano será de 8,6 metros (cano de 10 metros) e 6,9 metros (cano de 8 metros).

A Figura 2 mostra uma draga em atividade durante o processo de extração de areia no leito do Rio Jacuí, na Região Metropolitana de Porto Alegre.

Figura 2 – Embarcação em atividade de processo de extração de areia no rio Jacuí

Fonte: CPRM, 2016.

Para este tipo de atividade as empresas mineradoras recebem a outorga de concessão mediante as condições do artigo 56 e demais disposições do Código de Mineração regulamentado pelo Decreto n º 62. 934/68 (DNPM). É dessa atividade que segundo Lelles (2005), é possível listar alguns impactos negativos causados pelo processo de extração mineral nos rios, sugere os seguintes itens diretamente relacionados aos impactos decorrentes da extração de areia em leito de rio:

- Turbidez no curso d'água, em virtude do surgimento de fenômenos erosivos, decorrentes da exposição do solo às intempéries;
- Contaminação do curso d'água causada pelos resíduos (óleos, graxas, lubrificantes) provenientes de maquinarias utilizadas nos diferentes tipos de operações;
- Depreciação da qualidade física, química e biológica da água superficial, pelo lançamento de efluentes advindos do esgoto sanitário;
- Alteração da calha original dos cursos d'água, em virtude do uso de equipamentos de extração de areia nos leitos dos rios;
- Possibilidade de interferência na velocidade e direção do curso d'água, tendo em vista a eliminação de bancos de sedimentos presentes nos leitos dos rios;

(LELLES, 2005 p 339-440).

No caso do Rio Jacuí o principal cuidado ambiental é na preservação das margens e recuperação de trechos com processos erosivos (VARGAS, 2013). Por isto, são impostas restrições à mineração de aproximações menores que 50 m, ou mais, como também a conservação dos taludes submersos através de restrições de profundidade de escavação. Preservam-se assim as matas ciliares e a vida bentônica.

2.5 Efeitos da ação pública nº 2006.71.00.028285-1/RS

Após a AP em 2013 a FEPAM revisou todas as licenças ambientais do Rio Jacuí, fato que culminou na alteração e inclusão de novas condicionantes nas Licenças de Operação. Ocorreu um

aperfeiçoamento dos critérios de licenciamento ambiental entre FEPAM e MP/RS, referenciando o aperfeiçoamento dos critérios técnicos e condicionantes de licença que deverão ser incluídos nos procedimentos de licenciamento e emissão de licenças ambientais para as áreas de extração de areia, para dragas de extração mineral e para os depósitos de minério.

Atualmente, o licenciamento ambiental da mineração de areia no Rio Jacuí preceitua o atendimento dos Termos de Referência da FEPAM, com a emissão das licenças prévia, instalação e de operação para as áreas de mineração e depósito e de operação para as dragas. Este documento o Termo de Referência – Relatório Ambiental Preliminar – RAP, apresenta critérios técnicos que devem ser acrescidos ao processo de licenciamento e fiscalização a fim de otimizar a gestão e controle da atividade de mineração de areia no Rio Jacuí.

Dentro dessas mudanças, a questão do levantamento batimétrico passa a ser apresentado semestralmente em escala não inferior a 1:2.000, a qual permite o maior detalhamento das áreas de estudo, pois quanto menor a escala utilizada, maior o detalhamento.

Também, é observado o cumprimento efetivo da Portaria nº 065/2007 e a instrução normativa nº 04/2013 da FEPAM – implementação real de cerca eletrônica. Com o objetivo de exigir da empresa rastreadora da implementação de cerca eletrônica, no sistema de rastreamento por GPS das embarcações, em estrito cumprimento ao disposto no art. 2º, inciso XII, da Portaria nº 065/2007, e no art. 2º, inciso X, da Instrução Normativa nº 04/2013, da FEPAM.

O embasamento técnico deve sempre prevalecer, dessa forma contribui para qualificar o trabalho dos profissionais dos órgãos públicos a exemplo a FEPAM (Engenheiros, Hidrólogos, Geólogos, Biólogos, etc.), que autorizam e monitoram a mineração de areia no rio Jacuí baseada em estudos técnicos, que segundo Zanette (2014), são profissionais altamente qualificados e compatíveis com os padrões internacionais para a mineração de areia em leito de rio.

UNILASALLE CANOAS-RS

2.6 A "crise" da mineração da areia no Rio Jacuí - Comentários aos efeitos da ação pública nº 2006.71.00.028285-1/RS

Essa Ação Civil Pública tramitava há mais de sete anos sem sequer sentença de 1º Grau. Por fim, as supostas divergências e a falta de controle sobre os moldes de proteção ao meio ambiente também chamaram atenção do Ministério Público de Contas, que ofereceu Representação junto ao Tribunal de Contas do estado do Rio Grande do Sul (processo nº 001465-0200/13-6), na qual foi concedida Medida Cautelar, em 06/02/2013, determinando que a FEPAM abstenha-se de emitir novas LO's (licenças de operação) para extração de areia ou renovar as já existentes, sem que, em paralelo, realize inspeções nas dragas licenciadas para verificar as reais condições de operação e adequação do equipamento de GPS, bem como verifique as condições e viabilidade de extração de areia nas áreas licenciadas. Diante desse quadro a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul – AL/RS, também se manifestou dando acompanhamento por meio do Relatório Final da Comissão de Representação Externa sobre a Extração de Areia no Rio Jacuí, onde aponta: 1) Criação da frente Parlamentar da Mineração; 2) Revisão da Política Ambiental Estadual e Licenciamento; 3) Revisão da Política Tributária; 4) Instituir Política específica de Compensação Ambiental; 5) Criação do Fundo Estadual da Mineração; 6) Acrescer os 15m de distância da margem, correspondentes, a diferença do GPS, conforme instrução normativa da FEPAM 04/2013. Em caso de flagrante descumprimento, seja aumentada a extensão da proibição de mineração para 100m das margens; 7) Elaboração de manejo do Parque do Delta do Jacuí, para que se busque a aplicação efetiva da Resolução CONAMA nº 428/2010 e Lei Estadual nº 11.520/2000 – zona de amortecimento do Parque do Delta do Jacuí; 8) Aplicação efetiva da Portaria nº 065/2007 e Instrução Normativa nº 04/2013 da FEPAM – implementação real de cerca eletrônica; 9) Delimitação do cano de sucção de acordo com a área de operação; 10) Batimetria em maior período; 11) Suspensão da mineração em locais com profundidades superiores ao autorizado; 12) Comprovação de potencialidade exploratória

da jazida; 13) Busca de alternativas para a mineração; 14) Proibição de novas licenças no Jacuí e revisão de jazidas operadas por terceiros, além de determinar a extração somente por empresas mineradoras; 15) Medidas Administrativas. Segue em anexo C o relatório na íntegra. Trazendo 15 itens como sugestões, algumas já atendidas como a recente elaboração de manejo do Parque do Delta do Jacuí.

Em defesa própria a FEPAM sustentou que problemas ambientais, como o caimento de árvores, desbarrancamento e quedas de margens, não indicam, necessariamente, a presença de dragagem. Mencionou serem inverídicas as alegações de falta de fiscalização, pois vistoria o rio em operação conjunta com outros órgãos ambientais e frequentemente faz apreensões, inclusive com emissão de autos de infração.

Já o DNPM realiza vistoria em 11/08/2006, constatando que a margem estava bastante erodida próxima a ponta da Ilha das Flores, com queda de barranco e indicando potencial prejuízo para a vegetação nativa da margem. Já na ponta a montante da Ilha das Cabras, no canal direito no sentido Porto Alegre a Amarópolis, ou seja, de jusante para montante. Neste ponto havia um muro de contenção de concreto que tinha por finalidade conter a erosão da margem e proteger as torres de alta tensão.

A ausência do cumprimento da determinação judicial fixada em decisão liminar datada de 14/11/2006 tal decisão proferida pelo Exmo. Sr. Candido Alfredo Silva Leal Junior. – Juiz Federal, que ordenou que, no prazo de 180 dias, o órgão (Fundação Estadual de Proteção Ambiental - FEPAM) apresentasse e executasse proposta de Zoneamento Ambiental no rio Jacuí, justamente com o objetivo de averiguar quais as reais condições da mineração no local e averiguar quais medidas seriam necessárias para estancar os danos, sem prejudicar a construção civil.

Na seqüência do andamento processual dessa AP, na Liminar/Antecipação de Tutela Deferida, datada de 15/05/2013, tal decisão proferida pela Exma. Sra. Vânia Hacker de Almeida. – Juíza Federal, que analisa o pedido do autor, que resumidamente pede:

> [...] Na presente Ação Civil Pública à parte autora noticiou que os três grandes mineradoras licenciadas para atuar no rio Jacuí estão exercendo suas atividades em desacordo com os parâmetros estabelecidos em lei e, como resultado, está ocorrendo uma devastação ambiental, com a descaracterização do perfil do rio e com graves prejuízos à fauna, à flora e à vida humana. Asseverou a ocorrência de aprofundamento do rio, mesmo junto às margens, solapamento das margens, destruição da mata ciliar nativa, agressão ao ecossistema das ilhas, além de prejuízo ao patrimônio cultural, turístico, histórico e paisagístico. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Nesse pedido observam-se impactos trazidos pela autora, desses resultados podem ocorrer impactos socioambientais decorrentes da extração de areia do Jacuí, o qual grifo no pedido da AP, impacto ao patrimônio cultural, turístico, histórico e paisagístico, sendo eles além da devastação ambiental, os mais importantes. Observando o acompanhamento processual da AP, a disponibilização de decisão/despacho de 17/05/2015, nota-se forte a argumentação em defesa do Rio Jacuí, com fundamentação clara obtida em autores de destaque do direito ambiental, priorizando sempre a tutela ambiental para a sobrevivência, manutenção e existência do Rio Jacuí.

Na medida em que se avança, há probabilidades de se dar prosseguimento direcionado para baixa definitiva do processo, aguarda-se novas publicações/decisões a respeito da AP.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

No primeiro momento serão discutidas as informações referentes ao desenvolvimento socioeconômico dos municípios Arroio dos Ratos, Butiá, Cachoeira do Sul, Charqueadas, General Câmara, Rio Pardo, São Jerônimo, Triunfo e Vale Verde onde ocorre a extração de areia no Rio Jacuí, compreendendo os seguintes aspectos: PIB, IDHM, produção e venda de areia e CFEM por município.

3.1 PIB per capita e o IDHM por município do Baixo Jacuí

Para estabelecer pujança econômica e condição de qualidade de vida foram levantados o Produto Interno Bruto per capta (PIB per capita), para os períodos de 2010 e 2012, e o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) do ano de 2010, dos municípios.

Os PIBs per capta observados para 2010 e 2012 estão apresentados na tabela 1 e mostram, na média, uma tendência de pequeno crescimento, com exceção para Cachoeira do Sul.

Tabela 1 - Apresentação do PIB per capita (R$) por municípios nos anos de 2010 e 2012.

Município	**PIB per capta (R$)**	
	Ano 2010	**Ano 2012**
Triunfo	223.848,22	230.483,69
Charqueadas	28.562,24	26.514,36
Vale Verde	14.603,92	19.411,36
Cachoeira do Sul	7.723,00	18.241,00
São Jerônimo	14.916,57	15.892,55
Rio Pardo	14.082,03	14.527,26
Butiá	13.813,54	13.987,53
General Câmara	11.628,97	12.302,95
Minas do Leão	12.205,00	12.292,09
Arroio dos Ratos	8.959,04	10.125,50

Fonte: FEE - Rio Grande do Sul, 2015.

UNILASALLE CANOAS RS

Segundo a FEE (2014) o PIB per capita do Estado foi calculado em R$ 25.779,21 em 2012, 13,8% acima da média nacional, que foi de R$ 22.645,86. O Rio Grande do Sul ocupava, em 2012, a sétima posição entre os estados de maior PIB per capita. Observando a tabela 1 constata-se que apenas os municípios de Triunfo e Charqueadas apresentam PIBs per capta maior que a média do estado.

Comparando os PIBs per capta entre os municípios evidencia-se a grande diferença do valor do PIB de Triunfo, aproximadamente 10 vezes maior em relação aos demais. O maior valor do PIB de Triunfo se deve a este ter no seu território o Pólo Petroquímico de Triunfo - Braskem. Os demais municípios apresentam PIB per capita em um mesmo patamar, ressaltando o valor do PIB de Cachoeira do Sul para o ano de 2010, que apresentou um valor significativamente menor que os demais.

Os valores de PIB per capta mostram que os municípios do Baixo Jacuí apresentam uma atividade econômica abaixo da média estadual possivelmente devido a serem municípios de economia rural e de serviços, com pouca atividade econômica, exceção aos municípios de Triunfo e Charqueadas que possuem atividades industriais em seus territórios.

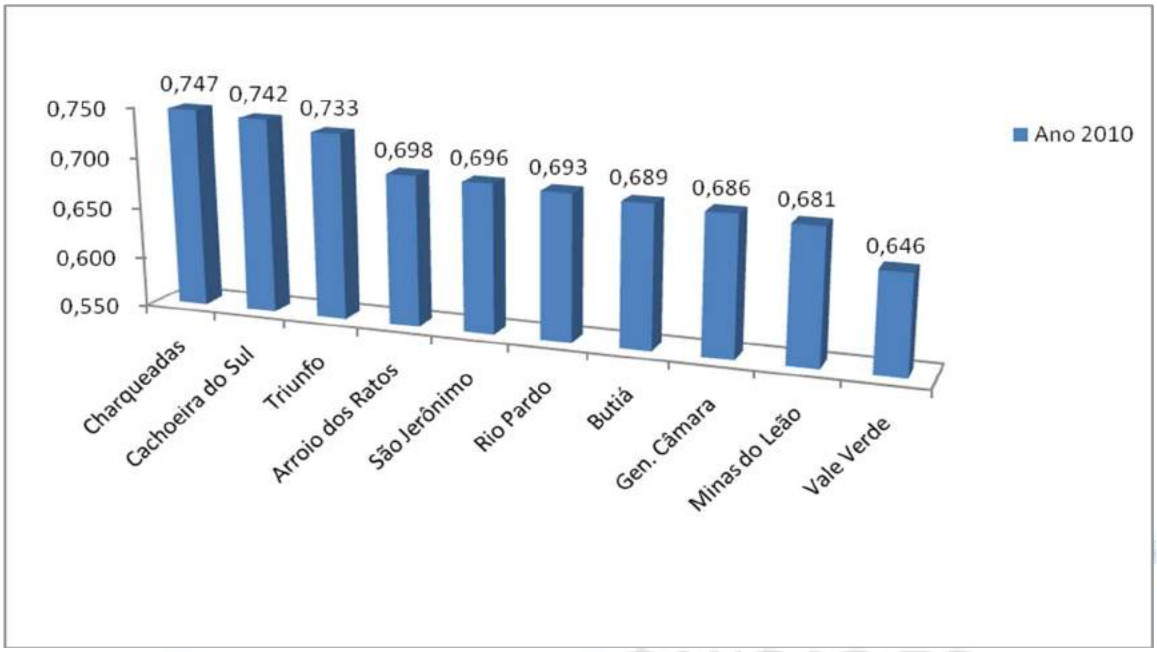
Por sua vez, o IDHM sinaliza para a qualidade de vida de uma população. Em plano estadual segundo dados do índice de desenvolvimento socioeconômico – IDESE Rio Grande do Sul (2014), o estado apresenta IDHM médio de 0,736 em 2010 e 0,744 em 2012. Isso significa que o Índice do Estado cresceu 2,4% no período. Para o RS o IDHM é considerando alto quando acima de 0,800, médio, entre 0,799 e 0,500, e baixo, quando abaixo de 0,499. Apresentando os IDHMs dos municípios do Baixo Jacuí. Observa-se que todos são classificados com desenvolvimento humano médio, mas em uma faixa de valores mais próximos do IDHM alto.

Comparando os valores do PIB per capita e o IDHM dos municípios, para o ano de 2010, nota-se que não há uma correlação clara entre eles. Esta falta de correlação fica evidente ao observar-se o

IDHM de Triunfo, apesar de estar entre os maiores não ultrapassa o IDHM de Cachoeira do Sul, que apresenta um dos menores PIBs per capta.

Estes dois índices, apesar de limitados e da análise superficial que está sendo feita neste estudo, revelam que a mineração de areia no Baixo Jacuí, ocorre em territórios onde a população apresenta grau de desenvolvimento humano médio, e portanto, um ambiente social com boa potencialidade ao desenvolvimento, porém em um cenário de econômico bastante heterogênio, onde dois municípios se destacam: Triunfo e Charqueadas, observados na figura 3.

Figura 4 - IDHM por Municípios (ano 2010)



Fonte: Brasil, 2014

CANOAS-RS

3.2 Produção de areia e CFEM da extração de areia do Baixo Jacuí

Para materializar o que representa o ingresso de CFEM aos municípios sugere-se transformar o valor de CFEM arrecadado pelos municípios (65% da CFEM) em cestas básicas. Na tabela 6 apresenta-se o valor de ingresso da CFEM, o número de cestas básicas correspondentes, considerando o valor da cesta básica do ano em R$ 381,00 a população e número de famílias por município, para o ano de 2013.

Considerando o município de Charqueadas, responsável pelo maior valor de CFEM recebida, no ano de 2013, este recebeu o valor equivalente a quantidade de 715,2 cestas básicas, que poderia beneficiar à 7,5% das famílias do município com uma cesta básica no ano. Por sua vez, municípios onde a produção é menor, e no caso de Butiá, esporádicos, a CFEM recebida não ultrapassa o valor de duas cestas básicas.

Tabela 2 – A relação dos valores da CFEM 2013 com a dimensão do núcleo familiar sob o benefício da cesta básica em 2013

Municípios	CFEM (2013) R$ (DNPM)	Cesta Básica R$381,00 (DIEESE)	População estimada (2015) (IBGE)	Famílias Estimativa (4 pessoas)
Arroio dos Ratos	4.377,75	11,5	14.197	3.549
Butiá	536,25	1,4	21.192	5.298

Cachoeira do Sul	9.579,05	25,1	85.712	21.428
Charqueadas	272.493,00	715,2	38.281	9.570
General Câmara	7.141,55	18,7	8.673	2.168
Minas do Leão	3.898,70	10,2	8.011	2.002
Rio Pardo	68.609,45	180,1	38.934	9.733
São Jerônimo	31.694,00	83,2	23.527	5.881
Triunfo	53.811,55	141,2	27.867	6.966
Vale Verde	15.714,40	41,2	3.434	858

Fonte: Organização Própria, 2015.

Este exercício permite dar um padrão de comparação ao benefício social advindo pela CFEM, utilizando um bem de entendimento monetário aplicado a realidade brasileira. A utilização de padrões de natureza quantitativa e qualitativa para a avaliação de aspecto ambiental que podem ser possibilidades de comunicação de conhecimentos e informação de maior abrangência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O PIB e o IDH dos municípios estudados refletem a qualidade geral da economia e da vida de cidadãos. Serviram para situar a atividade de extração de areia no cenário regional, e identificar os municípios que apresentaram maiores desenvolvimentos. Nesse sentido, observou-se que na relação proposta entre o PIB e a Areia Comercializada, foi possível mostrar que o retorno econômico resultante da atividade é pouco representativo para o município, assim, sinalizando que é sim importante para o desenvolvimento a atividade, porém não lucrativa para os municípios.

Entre os municípios do Baixo Jacuí, Charqueadas apresenta o maior IDH, de 0,747, enquanto Vale Verde, tem o menor IDH, de 0,646. Isto mostra uma grande diferença no município de Charqueadas em relação aos outros, dentro do cenário estadual. Podendo este cenário mostrar uma possibilidade maior de crescimento sustentável, no sentido de promover a economia, meio ambiente e as ações sociais desenvolvidas pelo município.

Referente ao levantamento da produção de areia realizada pela mineração no leito do Rio Jacuí, o município de Charqueadas representou 21% da produção de areia no Estado no período de 2010 a 2014, com importante representatividade e expoente econômico para o Estado. Colocando os outros municípios num segundo e terceiro bloco, somente Arroio dos Ratos, Butiá e Cachoeira do Sul respectivamente somaram aproximadamente 1% da produção de areia no estado para o período 2010 a2014, ficando com a menor representatividade.

Atinente à areia comercializada relacionada com o PIB dos municípios no período de 2010, observou-se um que os percentuais dos valores comercializados em relação ao PIB foram baixos, da ordem de 12,40% para o município de Vale Verde, seguido de Minas do Leão com relação de 4,25%, enquanto que para Charqueadas, o maior produtor de areia, a relação percentual é de 2,42%. O percentual relativo, apesar de baixo representa um retorno econômico maior da comercialização de areia.

Quanto aos resultados da CFEM, a união retorna 65% do valor para o município e 23% do valor arrecadado para o estado. Com isto os dados de produção mostram que Charqueadas é o maior produtor de areia, representando 21% do total, Como o preço de venda é relativo ao valor na jazida e o mercado regula preços uniformes Charqueadas é que tem o maior retorno em tributos e recursos econômicos. No caso de Charqueadas a dimensão da compensação social representado pela CFEM no período de 2010/2014 corresponde a 7.524,84 cestas básicas DIEESE (2015). Mesmo assim, pouco representativo, ao observar o modelo exemplificado na tabela 2, que sinalizou a necessidade de investimentos diversos além do retorno da CFEM.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de (organizador). Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BARBIERI, Jose Carlos. Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1968). Decreto nº 62.934, de 02 de janeiro de 1968. Aprova o Regulamento do Código de Mineração. Brasília, BR, 02 jan. 1968. p. 1-7. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62934.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014.

_____. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. Disponível em:<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2015/201510cestabasica.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Cidades. Disponível em: <www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?libge.gov.br>. Acesso em: 26 de Agosto de 2015.

_____. Serviço Geológico do Brasil – CPRM. Imagem da Draga em atividade durante o processo de extração de areia no leito do Rio Jacuí. Disponível em:www.cprm.gov.br/publique/noticias/geologos-iniciam-atividades-de-campo-do-projeto. Acesso em: 20 abr. 2016.

LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. Economia brasileira: fundamentos e atualidade. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LELLES, Leandro Camillo de et al.Perfil Ambiental Qualitativo da Extração de Areia em Cursos D'Água. Árvore, Viçosa-MG, v. 29, n.3, p. 439-444, 2005.

LUZ, Adão Benvindo da, e ALMEIDA, Salvador Luiz M. De. Manual de Agregados para Construção Cívil, 2. ed. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2012.

MACHADO, Tamara França. Proveniência das areias inconsolidadas do rio Jacuí – RS. 2011. X f.Tese de mestrado (Mestrado em Geociências). UFRGS, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/32662/000786855.pdf?sequence=1>. Acesso em:09 nov.2015.

MENEGAT, Rualdo; CARRARO, Clóvis Carlos. Manual para saber por que o Guaíba é um lago: análise integrada de geologia, geomorfologia, hidrografia, estratigrafia e história da ciência. Porto Alegre: Armazém Digital, 2009.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. Qualidade e gestão ambiental. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

RAMBO, Balduíno. A fisionomia do Rio Grande do Sul: ensaio de monografia natural. 3 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Ação Civil Pública nº 2006.71.00.028285-1/RS, de 14 de janeiro de 2006. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/>. Acesso em: 28 abr. 2014.

UNILASALLE CANOAS-RS

_____. Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler - Rs. Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (Org.). Comitê de Bacias. Disponível em: <http://www.fepam.rs.gov.br/comites de bacias.asp>. Acesso em: 02 abr. 2014.

_____. Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler - Rs. Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (Org.). Relatório Ambiental Preliminar - RAP. Disponível em: <http://www.fepam.rs.gov.br/lavra.asp>. Acesso em: 28 abr.2014.

_____. Fundação de Economia e Estatística – FEE. Índice de desenvolvimento socioeconômico. Disponível em: <http://www.fee.rs.gov.br/índice-de-desenvolvimento-socioeconomico>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/norma_nacional.asp. Acesso em 20 de Julho de 2015.

_____. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Trata sobre o IDH e IDHM. Disponível em: http://www.pnud.org.br/idh/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 03 mar.2016.

_____. Secretaria do Meio Ambiente – SEMA. Disponível em: <www.sema.rs.gov.br/conteudo.asp?codmenu=295>.Acesso em: 20 ago. 2015.

SARLET, IngoWolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Editora: 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010.

_____. Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, E. Técnicas de avaliação de impactos ambientais. Viçosa, MG: CPT, 1999. (Video Curso, 1999).

SILVA, Adelphino Teixeira da.Iniciação à economia. São Paulo: Atlas, 2000.

SMARJA -SOCIEDADE DOS MINERADORES DE AREIA DO RIO JACUÍ. Dados da Empresa. Disponível em: www.smarja.com.br. Acesso em: 28 de abr. 2014.

SOMAR - SOCIEDADE MINERADORA LTDA. (Ed.). Dados da Empresa. Disponível em: <http://www.somarmineradora.com.br/>. Porto Alegre. Acesso em: 27 de abril de 2014.

THOMAS, Janet M. Economia ambiental: fundamentos, políticas e aplicações. [Tradução Antonio Claudio Lot, Marta Reyes Gil Passos]. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

VARGAS, Jacqueline de Souza. Análise crítica das licenças de operação da extração de areia no leito do rio Jacuí no período de 2007 a 2013 da empresa SOMAR – Sociedade mineradora Ltda. – no estado do Rio Grande do Sul. 2013. 30 f.Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação Engenharia Ambiental) – Curso de Engenharia Ambiental – Centro Universitário Lasalle – UNILASALLE. Canoas, 2013.

VERDUM, Roberto, BASSO, Luis Alberto e SUERTEGARAY, Dirce Maria Antunes (Organizadores). Rio Grande do Sul: paisagens e territórios em transformação. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

VILLAVERDE, João e WARTH Anne. “Novo Código de mineração não vai afugentar investidor”.30/06/2013. Agência para o Desenvolvimento Tecnológico da Indústria Mineral BrasileiraDisponível em: <www.adimb.com.br>. Acessoem:20 de agosto de 2015.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ZANETTE, Ivam Luís. Polêmica na mineração de areia no leito do rio Jacuí/RS. Artigo técnico. Disponível em: <http://www.smarja.com.br/artigos/ARTIGO_Polemica_Mineracao_Areia.pdf>.Acesso em: 14 de maio de 2014.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ESTRUTURAS DE EXCLUSÃO NA METRÓPOLE HOSTIL E A ROTULAÇÃO MARGINAL DA POPULAÇÃO DE RUA

Pamela dos Santos Cristan[1]

RESUMO:O artigo analisa genericamente o impacto das estruturas urbanas públicas e privadas das grandes cidades nos processos de exclusão social da população de rua. O referencial teórico é da Criminologia Crítica (*Labeling Approach Theory*, ou teoria da rotulação/etiquetamento social) e do Direito à Cidade, confrontando-se esta com sua função de *polis* viabilizadora do sujeito em sociedade. O enfoque é, em especial, a aposição de rampas serrilhadas sob viadutos, bancos em praças cujos assentos impedem de neles deitar-se, marquises de prédios com esguichos d'água periódicos, entre outros aparelhos que ajudam a repelir indivíduos indesejáveis e rotulados de potencialmente perigosos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à cidade; Criminologia Crítica; *Labeling Approach*; estruturas urbanas; população de rua.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa genericamente analisar o impacto que estruturas urbanas, públicas e privadas, encontradas nas grandes cidades podem ter nos processos de exclusão social da população de rua, sob um referencial teórico de Criminologia Crítica (*Labeling Approach Theory*, ou teoria da rotulação/etiquetamento social) e do ainda pouco discutido Direito à Cidade, confrontando-se esta com sua função de *polis*, na qual o homem deveria poder se realizar enquanto sujeito em sociedade.

Em especial, o enfoque conferido por esta pesquisa se voltará às aposições de estruturas (que serão ilustradas ao final do trabalho) como rampas serrilhadas sob viadutos, bancos em praças com mecanismos que impedem alguém de neles deitar-se, marquises de prédios acopladas com esguichos d'água periódicos, entre outros aparelhos destinados a repelir dos olhos da sociedade dita "de bem" os indivíduos por ela tidos como indesejáveis e rotulados de potencialmente perigosos.

Assim, num primeiro momento será necessário indagar acerca da existência de um "direito à Cidade" dentro do ideário individualista da pós-modernidade.Depois, apresentar-se-ão as distinções entre as chamadas criminologias, para passar-se ao estudo das premissas da Criminologia Crítica nos processos de marginalização e criminogênese.

Por fim, contrapor-se-á a ideia do direito à cidade como proposta viabilizadora da noção de *polis*, na qual o sujeito consiga realizar-se plenamente como sujeito de direitos, aos resultados das análises empreendidas com o olhar da Criminologia Crítica, tomando-se como base e exemplo a aposição das estruturas de exclusão circunscritas ao olhar desta pesquisa.

Emprega-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a pesquisa é teórica, bibliográfica e documental. Ainda empregar-se-á perifericamente a análise empírica observacional.

2 UM DIREITO À CIDADE: O SUJEITO E SUA REALIZAÇÃO NA *POLIS*

Para discutir-se a existência de um Direito à Cidade é importante situar o leitor no marco temporal que possa lhe servir de suporte: a pós-modernidade (modernidade tardia ou supermodernidade); é de relevo também buscar a compreensão deste Direito pelas lentes da teoria dos direitos humanos, considerando-os em seu aspecto histórico, como direitos que nascem nem todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.2).

1 Mestre em Direito; *profapamella@uninove.br*

Direitos Humanos Fundamentais, como se pretende aqui enxergar o Direito à Cidade, são aqueles que de estatura e proteção multinível, cujo reenforçamento mútuo decorre das previsões em âmbito global, regional e nacional – tal formulação só encontra guarida hodiernamente e tendo-se por base a ideia de um mundo sem fronteiras, desarraigado dos ideais fixos da antiga teoria do Estado Moderno, corroborando muito mais a noção de uma cidadania cosmopolita.

Polis esta que não mais se circunscreverá aos muros da cidadela, do feudo, mas sim que se enxerga em todos os lugares e não-lugares com a mesma identidade sem, contudo, passar ao largo dos localismos.

Assim, para pensar-se num Direito à Cidade, explana-se primeiro o quartel histórico em que esta análise se perfaz, depois se apontam as dimensões políticas e sociais às quais pode-se afirmar a existência da desejável *polis* segundo os princípios norteadores de Direitos Humanos Fundamentais para, finalmente, abordarem-se os contornos do chamado Direito à Cidade.

2.1 Pós-modernidade (modernidade tardia ou supermodernidade): os influxos de uma nova era na relação com o espaço e o tempo

Na ambiência do mundo pós-moderno, tanto Direito quanto Estado (e igualmente os juristas que os pretendam estudar) encontram-se no limiar de alguns de seus mais arraigados paradigmas[2].

O presente momento coloca em cheque o sentido de sólidos dogmas como a plena autossuficiência da Constituição, a completude do Direito, a soberania como elemento absoluto, uno e indivisível do Estado, a geografia de fronteiras desenhadas em negrito pela cartografia, os direitos do homem oponíveis somente à autoridade estatal, a percepção de que cada unidade territorial é responsável unicamente pelo que ocorre em seus limites, o indivíduo como mero 'objeto' de direito internacional, a cidadania sinônima da nacionalidade, a estanque compartimentação entre direito interno e externo, etc.

O Direito, considerado enquanto fato social[3], não permite ser tido como obra perene e única – estanque e acabada – e é influenciado pelas contingências do momento histórico em que situa. Sendo produto da sociedade que pretende regular, resulta ele das próprias aspirações e do jogo de forças nela presentes.

Assim, admite-se aqui um postulado diverso daquele que se assumiu durante a Modernidade da qual frutificaram todos os axiomas apontados na primeira questão formulada mais acima. Põe-se em cheque, portanto, aquela Modernidade "pesada"[4], emprestando o termo de Zygmunt Bauman, definida por Anthony Giddens (1991, p.8) como o "estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência".

O mundo pós-moderno tem sua configuração revelada pela velocidade antes inimaginável das comunicações – agora cada um pode participar desse "nós" global. O individualismo marcante do período anterior, que se convencionou chamar de Modernidade, perde espaço às realidades supra singulares[5]. Cuida-se, segundo a proposta de Michel Maffesoli (1998, p.137), de uma tribalização que

---

2 Entende-se aqui por paradigma "toda a constelação de crenças, valores e técnicas compartilhados por membros de um determinado agrupamento em determinado momento histórico". (MEZZAROBA, 2009, p.16).

3 Conforme a perspectiva apresentada por Durkheim, fatos sociais são fenômenos que se verificam na sociedade de modo geral e que "consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele". (DURKHEIM, 2007, p.2).

4 Foi esta uma "sociedade totalitária da homogeneidade compulsória, imposta e onipresente [...] inimiga jurada da contingência, da variedade, da ambiguidade, da instabilidade, da idiossincrasia, tendo declarado uma guerra santa a todas estas 'anomalias'". (BAUMAN, 2001, p.33).

5 Por isso é perceptível que "vivemos num mundo de transformações, que afetam quase todos os aspectos do que fazemos. Para bem ou para mal, estamos sendo impelidos rumo a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre nós". (GIDDENS, 2007, p.17).

contraria o ideal de que um indivíduo possa bastar-se a si mesmo e o grupo não é compreensível senão no interior de um conjunto.

Na pós-modernidade o que se vive é uma ampla tensão de heterogeneidades capaz de assegurar a solidez do conjunto: são modos de vida estranhos uns aos outros que, apesar disso, "podem engendrar, em pontilhado, uma forma de viver em comum"(MAFFESOLI, 1998, p.137).

Essa perda de si no outro resume o significado de um ideal comunitário intensamente vivenciado, tendo a pessoa sentido apenas em seu aspecto plural, no contexto comunitário – veja-se, por exemplo, a quase atordoante experiência hodierna das redes sociais na internet (MAFFESOLI, 2007). Trata-se de um fato histórico contemporâneo que deixar de "levar a vida social eletronicamente mediada não é mais uma opção" (BAUMAN, 2008, p.8).

O isolamento anterior, que nos colocava sempre e somente entre iguais[6], não parece sequer possível. Sem dúvida este é um aspecto interessantíssimo, e até mesmo libertário, da nossa época. Pode-se viver no 'aqui' e, ao mesmo tempo, reverenciar e se identificar no 'lá'. A realização dos anseios humanos ganha um leque maior de opções e cada um pode se encontrar de diversas formas, criando o próprio mundo em torno de si como melhor lhe aprouver, reencontrando, reconstruindo e ressignificando sua identidade a partir da contemplação e vivência de várias outras alheias.

O sentimento de fazer parte e a emoção compartilhada marca fortemente este jeito de ser para o qual a humanidade se encaminha e "ao contrário da solidariedade puramente mecânica que foi a marca da Modernidade, o ideal comunitário das tribos pós-modernas baseia-se no retorno de uma sólida e rizomática solidariedade orgânica" (MAFFESOLI, 2010, p.39).

É claro que outro lado não tão poético também há: a angústia igualmente permeia a vivência deste novo homem cheio de alternativas e aumenta exponencialmente quando ele não pode se satisfazer diante das inclinações que o impelem.

A realização pessoal nem sempre é possível, principalmente quando não podemos pagar por ela. Não se está a dizer que a ignorância seja uma benção, mas este turbilhão do novo parece viciante e custa caro. Quem não pode dele participar encontra a frustração e quem pode experimenta uma sensação de vazio, pois a plenitude nunca chega quando, a cada dia, o novo já fica velho.

Essa velocidade de novos impulsos, novas necessidades, novos desejos segue o ritmo informático na pós-modernidade e não se pode certamente dizer que esse tempo é igual ao tempo biológico do ser humano. E esta contingência é firmemente relacionada à outra marca contemporânea: a globalização.

A divisa da pós-modernidade traz consigo uma formatação globalizada de mundo, na qual se delineia uma interpenetração que é não apenas econômica e financeira, mas também política, tecnológica e cultural, influenciada, sobretudo, pelos desenvolvimentos nos sistemas de comunicação a partir da década de 60 (GIDDENS, 2007, p.21).

Especialmente a ameaça de contaminação atômica em escala global mitigou a noção de distância. Antes dessa ameaça todo o sofrimento, miséria e violência impingida por alguns seres humanos aos demais, resumidos sob a categoria de "outros" (judeus, negros, mulheres, refugiados políticos, dissidentes, etc.), podia ficar 'lá longe' (BECK, 1998, p.11). A possibilidade de aniquilação geral suplanta essa confortável postura. Diante dela não há 'nós' e 'eles', há somente 'todos'.

De acordo com Ulrich Beck é possível distinguir no panorama global atual dois conceitos: o globalismo e a globalização. Para o autor o globalismo é correlato ao banimento da ação política pela ideologia de império do mercado mundial, do neoliberalismo, restringindo o fenômeno ao seu aspecto econômico. Por outro lado, a globalização traz em seu bojo a consciência de que agora nada mais ocorre em nosso planeta de modo espacialmente delimitado, constituindo-se a ideia de globalidade por

6'Igual' no sentido revolucionário francês, isto é, não aquele dos desiguais tratados na medida de suas desigualdades.

processos "cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais" (BECK, 1999, pp.27-31).

Nesta Terra sem um muro que a parta em duas ideologias a fluidez toma lugar e as forças do capital e das telecomunicações rapidamente transmudam o pensar dos Estados e dos indivíduos.

Finda a grande dicotomia entre o mundo socialista e o mundo capitalista, desenha-se uma nova ordem global, com fronteiras dispersas a ponto de hoje sentirmo-nos em uma aldeia – as distâncias diminuíram, e com mais força depois da vertiginosa evolução da mídia e das tecnologias da informação. Assim, global, regional e local passam a ressignificar suas relações e, ainda que isso implique em tensões, convergências são inevitáveis.

Com o fim da URSS surgiram vários novos Estados soberanos pleiteando voz no debate internacional, causando impactos na estruturação dos direitos humanos, pois muitos destes novos núcleos de poder passam a cobrar a comunidade internacional a respeito dos interesses que a todos dizem respeito.

2.2 A *polis* que se deseja: um *locus* de realização humana pelo olhar dos Direitos Humanos Fundamentais

Até o marco histórico do final da guerra fria pode-se dizer que, de modo geral, a produção do Direito tinha sua justificação política assentada no arquétipo estatista, fundado na soberania, tanto por seu aspecto interno (a capacidade de o Estado determinar as regras do jogo num dado território e para um determinado povo) quanto pelo externo (o reconhecimento da igualdade e da reciprocidade entre os Estados no plano internacional).

Pelo prisma interno os Estados vinham encontrando legitimidade para exercerem internamente sua soberania em ideias advindas, por exemplo, da teoria contratualista (Locke, Hobbes, Rousseau), das declarações de direitos resultantes das revoluções burguesas e do constitucionalismo (com a formulação da noção de poder constituinte e todas as suas decorrências).

A oponibilidade dos direitos do homem no constitucionalismo se via conectada à noção contratualista de Estado e nesse sentido é possível observar que "a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo" (LAFER, 2009, p.122).

O globo fica menor do que jamais pareceu aos olhos do homem, e isso, por óbvio, também não passou ao largo dos novos poderes (econômico, midiático, associativos e demais poderes privados) que recrudesceram em alta potência, delineando novos mapas, erodindo as fronteiras.

Essa fluidez permite advento de novos atores transnacionais, dotados de poderes difusos. O mercado abrange a todos, permitindo identificar-se uma nova linha de exclusão. Qualquer pessoa pode 'fazer parte' – independentemente de suas convicções, opções, origens, etc. – exceto aquelas que não conseguem ou não querem atuar no mundo dos consumidores e se transformarem, por esta mesma via, também em mercadorias, pois, com amplo manejo de bancos de dados alimentados diariamente pelo rastro virtual dos indivíduos, as empresas podem se utilizar de uma espécie de "peneira que basicamente executa a tarefa de desviar os indesejáveis e manter na linha os clientes habituais"[7].

---

7 Bauman explica essa dinâmica do pertencimento em razão do consumo mostrando que, apesar de haver torrente globalizante que parece a todos abarcar, quem não se inclui na categoria 'consumidor' é rotulado e excluído pelo mecanismo de mercado que se consubstancia em "uma forma para alimentar o banco de dados com o tipo de informação capaz de rejeitar os 'consumidores falhos' – essas ervas daninhas do jardim do consumo, pessoas sem dinheiro, cartões de crédito e/ou entusiasmo por compras, e imunes aos afagos do marketing." (BAUMAN, 2008, p.9).

Na chamada pós-modernidade – que se opta aqui por situar historicamente como o momento subsequente à crise das grandes ideologias do século XX, culminante no fim do mundo bipolarizado entre capitalismo e socialismo, tendo por símbolo a queda do Muro de Berlim, em 1989, e o advento da globalização – o Direito parece sofrer influxos da nova sociedade delineada globalmente, na qual um ente preponderante para a formação da ideia de juridicidade (o Estado) tem um de seus elementos (a soberania) fortemente abalado.

A criação de uma organização internacional com vocação universal, a assunção pelos Estados dos direitos humanos como ponto de partida para a edificação de um padrão moral e ético e a sistematização de uma ordem econômica administrada a partir de instituições internacionais são apontados por Wagner Menezes como os três fatores que modificam em definitivo a relação entre direito interno e internacional (LINO, 2005, p.70).

Com uma visível insuficiência do arquétipo positivista em virtude da ascensão legal ao poder de regimes que, legislando "legitimamente", conseguiram atingir o ápice da injustiça, o mundo (estarrecido com a barbárie no período posterior a segunda grande guerra) reage e faz surgir no cenário internacional uma categoria de direitos que, fundados na dignidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, prescindiam tanto das formulações positivistas clássicas (é justo e é Direito o que é posto pela forma que deve ser posto) quanto da parca persuasão jusnaturalista (que apenas reconhecia direitos inatos para se oporem ao Estado absolutista moderno).

O momento histórico que impulsiona em definitivo uma concepção necessária de respeito ao elemento humano é consubstanciado, como afirma Celso Lafer (LAFER, 2009, p.118) numa ruptura que pôs em xeque a tradição de atribuir-se valor à pessoa – o fenômeno totalitário desenvolvido no período da Segunda Guerra Mundial foi um "hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental" que contribuiu para a coisificação do outro, tornando-o descartável e sem lugar no mundo.

A nova forma de ser do constitucionalismo não se identifica com as noções contratualistas do pensamento revolucionário burguês, que se contenta apenas com divisão de poderes, declaração de direitos de defesa e igualdade formal; também não se arvora aos extremos (já colapsados) do Estado Providência, que tudo dá e tudo faz. Nesta concepção de constitucionalismo transformam-se os valores e as concepções políticas fundantes em normas jurídicas da espécie "princípios", que comportam balanceamento ou ponderação.

Assim, vale sublinhar a relação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos para ressaltar o espírito de *mutual enforcement*, que deve pautar ambas as esferas de proteção. Quanto à manifestação histórica desses direitos opta-se aqui[8] pelo termo 'gerações' para remeter a ideia de dinamogênesis dos direitos como um "processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no correr da história" (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p.185).

Immanuel Kant, traçando as bases para o cosmopolitismo em nove proposições (KANT, 1784) com uma perspectiva de raiz naturalista, assumia que as disposições naturais do homem voltadas ao uso da sua razão só poderiam ser completamente atendidas na espécie e não no indivíduo – sendo que este, por anseio da natureza, deveria ultrapassar completamente sua existência animal, libertando-se do instinto mediante a própria razão.

Kant, todavia, tinha em mente um antagonismo das disposições de cada homem na vida comum, em sociedade – uma sociabilidade insociável dos homens que, apesar de certa tendência inata para conviverem, provoca uma constante resistência universal entre eles. O homem se sentiria, portanto, mais como homem em sociedade. Entretanto, propenderia também a isolar-se por querer dispor de tudo a seu modo, resistindo aos outros, que o mesmo fazem com relação a todos. O autor entendia que esta

8E, pela mesma razão, para "identificar fatos históricos que marcaram a luta histórica pela afirmação e efetividade dos direitos humanos" esposada na obra de referência. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p.11).

resistência tem como face positiva o despertar das forças de cada um, impelidos pela competição por honra, poder e posse.

Dadas estas considerações, Kant concebeu que o grande dilema da humanidade seria a construção de uma sociedade civil que administre o direito de regência ante aqueles conflitos pela existência de uma constituição civil perfeitamente justa – uma sociedade em que "a liberdade sob leis exteriores se encontra unida no maior grau possível com o poder irresistível"(KANT, 1784, p.2), sendo a necessidade dela que constrange os homens a entrar neste estado de coação, no qual se precisa de um senhor que possa refrear as vontades individuais e fazer obedecer àquela universalmente válida.

Assim, incumbiria ao homem aceitar o princípio de que é necessário deixar o estado de natureza, no qual cada um segue suas próprias inclinações, a fim de formar uma união de todos aqueles que não podem evitar a comunicação recíproca, sujeitando a si próprios em comum à coação externa das leis públicas[9], entrando todos em uma união civil, na qual fosse reconhecido por lei o que cabe a cada qual, sendo isto assegurado por um poder externo distinto das individualidades. É uma perspectiva bastante próxima daquela constante no núcleo das formulações contratualistas de autores como Locke e Rousseau.

Ocorre que, para o estabelecimento de tal constituição civil perfeita interna seria imperativo enfrentar também o problema de uma relação externa legal entre os Estados. Kant assim estabeleceu um paralelo com o raciocínio aplicado aos homens particularmente considerados, asseverando que a mesma insociabilidade que os obriga a estabelecer laços com os outros é responsável por uma relação análoga dos Estados entre si.

Esse é o ideário de *polis* que aqui se pretende albergar: o do cosmopolitismo kantiano – da realização do homem enquanto sujeito político em sua comunidade local, mas que se opera também com vistas a um panorama interestatal, ambos sob o prisma da solidariedade (cuja linguagem dos Direitos Humanos trata por terceira geração de direitos).

UNILASALLE
CANOAS-RS

2.3 Direito à Cidade: que direito e para quem?

Originalmente delineado por Henri Lefebvre nos anos 60, tem ainda sua conceituação bastante controvertida o Direito à Cidade, conforme assevera Bianca Tavolari (2015): há autores que olham a ideia deste direito mais pelo aspecto político e outros que o fazem pelo viés legal, afirmando que existe um aporte jurídico a sustentar sua existência.

Neste trabalho assume-se a vertente jurídica do Direito à Cidade, partindo-se da premissa de que seja ele Direito Humano Fundamental de terceira geração – direito, portanto, de solidariedade, dotado de caráter eminentemente coletivo.

No âmbito internacional a Organização das Nações Unidas (ONU) vem discutindo a implementação de um Direito à Cidade no âmbito da UNESCO e da nova agência UN-HABITAT, cujas funções se enquadram precipuamente no escopo do Direito à Cidade: não se trata de um conjunto de direitos que se exercem *na cidade,* mas sim de um direito único, de conformação coletiva e híbrida, ao viver e existir nas cidades como *loci* de realização plena das diversas dimensões que comporta a dignidade humana (política, social, econômica, familiar, cultural, etc.).

Segue, nesse sentido, a própria lógica de complementação gradual dos direitos humanos que, em essência, são os mesmos direitos a cada geração, todavia robustecidos por um ponto de vista, resultante das próprias alterações resultantes do aspecto dinâmico do Direito, que o faz eternamente 'perseguir' as demandas de cada comunidade política em que se vê inserto. É este um olhar espectral,

9"*[...] the first thing incumbent on man is to accept the Principle that it is necessary to leave the state of Nature, in which every one follows his own inclinations, and to form a union of all those who cannot avoid coming into reciprocal communication, and thus subject themselves in common to the external restraint of public compulsory Laws*".(KANT, 1887, p.)

quase caleidoscópico dos direitos, que, com o suceder de acontecimentos na história humana, apresentam uma nova miríade de incidência e efetivação.

Pelo ordenamento jurídico pátrio segue-se a formulação de Edésio Fernandes (2007), que verifica a instituição paulatina deste Direito no âmbito interno com a formatação constitucional e também do próprio Código Civil pela enunciação do princípio da função social da propriedade, cujo ápice em relação aos municípios se encontra na cristalização normativa do Plano Diretor pelo Estatuto da Cidade.

A Constituição de 1998, em seu artigo 182, determina que a política de desenvolvimento urbano deve voltar-se à ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes e, no mesmo passo, o artigo 1228 do Código Civil disciplina as faculdades do proprietário de bem imóvel, que deve atender aos fins econômicos e sociais gerais, explicitando em seu parágrafo primeiro que devem ser preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" no exercício dos direitos inerentes à propriedade.

Erigem-se, assim, os princípios do chamado Direito Urbanístico (HUMBERT, 2009), que, de modo explícito e geral, encontram-se desde a conjugação dos fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição Federal (arts. 1º e 3º), passando pelos princípios inerentes à própria atuação do Estado com relação aos particulares (art. 37, *caput*, CF) com especial destaque à legalidade, até a própria enunciação do artigo 182 – o qual, entende-se aqui, deve ser conjugado ao artigo 225, que dispõe sobre o pacto intergeracional na consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA, MARGINALIZAÇÃO, ROTULAÇÃO E PROCESSOS CRIMINÓGENOS: ABISMOS ENTRE OS INDESEJÁVEIS E OS "CIDADÃOS DE BEM"

Tanto o poder público quanto a iniciativa privada vêm mostrando de modo claro aos indivíduos tachados de perigosos sua insuportabilidade: bancos em lugares públicos com assentos irregulares e assimétricos ou divididos por barras metálicas ou de madeira; marquises de prédios com mecanismos de esguicho periódico d'água nas calçadas; muretas de jardins cercadas por espetos de aço; calçamentos com paralelepípedos de alturas assimétricas sob viadutos e pontes; lixeiras trancadas a cadeado etc.

As pessoas às quais não se destinam tais estruturas nelas enxergam apenas o que o discurso 'oficial' alega: medidas sanitárias, de conforto ou de segurança voltadas a melhorar e facilitar a vida do cidadão de bem, do proprietário e bom pagador de impostos.

Assim, são os indesejáveis relegados aos não-lugares da metrópole pós-moderna – ou *supermoderna*, como prefere o teórico dos lugares antropológicos e seu oposto:

> Se um lugar pode se definir como identitário, relacional e histórico, um espaço que não pode se definir nem como identitário, nem como relacional, nem como histórico definirá um não-lugar. A hipótese aqui defendida é a de que a supermodernidade é produtora de não-lugares, isto é, de espaços que não são em si lugares antropológicos e que, contrariamente à modernidade baudelairiana, não integram os lugares antigos: estes, repertoriados, classificados e promovidos a 'lugares de memória', ocupam aí um lugar circunscrito e específico. (AUGÉ, 1994, p.73).

A Criminologia, uma das ciências penais (ao lado do Direito Penal e da Política Criminal) passou por uma série de alterações em sua história – desde a antropologia criminal de Cesare Lombroso até as chamadas novas Criminologias.

A teoria do etiquetamento (*labeling approach*) advoga a tese de que os indivíduos excluídos por dada comunidade

Charge de Dani Gove (http://www.gonzoo.com/starz/story/asi-son-los-nuevos-bancos-para-mendigos-2931/ - feito em maio de 2015, sobre as reações aos sem-teto na Espanha com relação ao turismo em Madrid)

Banco Camden. Instalados no distrito homônimo de Londres desde 2012, causaram extrema controvérsia, especialmente sobre o impacto com relação aos moradores de rua e aos praticantes de skate (Imagem: Factory Furniture - https://medium.com/brasil/projetando-o-anti-objeto-perfeito-9f72f9898776#.fjsln34ys)

Calçadão 'antimendigo' (Vale do Anhangabaú, centro de São Paulo – foto: http://www.trilhosurbanos.com/2012/04/calcadao-antimendigo/)

Frente de jardim de um prédio na Avenida Paulista (São Paulo – foto: 'O Guia do não-estar na Avenida Paulista' por Juliana Monferdinihttp://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquiteturismo/07.073/4699)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivencia-se neste novo e contemporâneo momento tanto um retorno ao arcaico quanto uma sinergia com o desenvolvimento tecnológico, finda o homem senhor dos meios social e natural (o mito progressista da modernidade), adere-se ao outro (emergindo um exercício de reconciliação com os demais e com o mundo) e importam os lapsos temporais compartilhados intensamente pelas tribos (em lugares reais ou virtuais).

É agora o momento do Estado aberto, pós-nacional, onde o dogma da soberania nacional não é mais elemento absoluto da ordem jurídica – trata-se de relativização promovida até mesmo pelas próprias constituições, que deslocam a interpretação do texto constitucional, não podendo mais ser este considerado em isolamento, mas sim como cooperante e integrado.

Neste paradigma encontram-se os Direitos Humanos Fundamentais de terceira geração, os da solidariedade, cuja conformação é eminentemente coletiva e voltada à realização global (ainda que nas localidades) das potencialidades e necessidades humanas – é nesse passo que se compreende o Direito à Cidade, como um Direito do bem-estar cosmopolita, no qual as pessoas tenham a chance de encontrarem-se num *lugar* de autossatisfação política, econômica, familiar, social e cultural.

A cidade será uma *polis* desejável se a implementação do Direito a ela puder ressignificá-la a este ponto. O que, com relação aos indivíduos rotulados como indesejáveis e potencialmente perigosos pela instituição das dicotomias *Nós vs. Eles*, obviamente se mostra longe de ocorrer.

Apresentam-se como resultados o aumento da percepção relativa à cultura do ódio nas grandes cidades, como em episódios de extermínios sistemáticos à população de rua e ainda nas mais claras manifestações de preconceito e evitamento por parte dos que se autodenominam "cidadãos de bem". A instituição de abismos sociais, que criam dicotomias do tipo 'nós' e 'eles', assim, colabora para a rotulação e, logo, para os processos criminógenos e de criminalização.

Conclui-se que o ritmo fortemente individualista das sociedades pós-modernas é peremptório na configuração deste cenário das diversas intolerâncias para com o outro, que resulta no desconhecimento de sua humanidade e incapacidade de identificação. A cultura midiática do pânico social, alardeada em tempo real aos indivíduos mediante uma avalanche de (des)informações estabelece um senso comum que contribui para este ideário e, diante de tal conjuntura, um direito como aquele à cidade dificilmente encontrará espaço para sua realização.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Delmo de Oliveira; COSTA, Ana Carolina Silva da. A higienização social através do planejamento urbano de Belo Horizonte nos primeiros anos do século XX. Universitas Humanas, Brasília, v. 5, n. 1/2, jan./dez. 2008. Pp.109-137 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/universitashumanas/article/view/878> Acesso em 07 de abril de 2016.

AUGÉ, Marc. Não-Lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade. –1. ed. – Campinas: Papirus, 1994.

BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho. Intervenção urbana no centro histórico da cidade de São Paulo: atores sociais envolvidos. Intervenções Urbanas em centros Históricos: Brasil e Itália em discussão. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida; tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. – Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização; tradução André Carone. – São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BEREZOWSK, Maria Leonice Silva; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Urban space segregation *versus* rule of law state: struggle for spatial social inclusion in urban centers in latin america. In: Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do UNILASALLE – Sociology of Law on the move: perspectives from Latin America, 2015. GT – [1854] The right to the city – international research group on law and urban space. Rio Grande do Sul. *Anais...*Canoas: 2015. Pp. 1561-1583.

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

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo. 2. ed. São Paulo: 34; Edusp, 2003.

EVANGELISTA, Felipe Camelo de Freitas. A criminalidade e o planejamento ambiental urbano. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.9 n.17. jan./jun./2012. Pp.197-211. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/24> Acesso em 07 de abril de 2016.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade; Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. – (Biblioteca básica)

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Direito urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KANT, Immanuel. Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita. (1784) Tradução: Artur Mourão. – Portugal: Lusosofia Press, s/d. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_ideia_de_uma_historia_universal.pdf> Acesso em: 17 de julho de 2013.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. – São Paulo: Manole, 2005.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MAFFESOLI, Michel. O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno; tradução de Clóvis Marques. – Rio de Janeiro: Record, 2007.

MAFFESOLI, Michel. O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MAFFESOLI, Michel. Saturação; Tradução de Ana Goldberger. – São Paulo: Iluminuras/Itaú Cultural, 2010.

MARINS, Paulo César Garcez. Habitação e vizinhança: limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.) História da Vida Privada no Brasil: República - da Belle Époque à Era do Rádio. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. v. 3. 724 p.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SILVEIRA, Vladmir oliveira da. O Estado Constitucional Cooperativo e a prisão do depositário infiel: a evolução jurisprudencial do STF. In Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho. – São Paulo: Clássica, 2012, pp. 343-373.

MOCELLIM, Alan. Lugares, Não-Lugares, Lugares Virtuais. Em tese – Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC. v. 6, n. 3, jan./jul.2009. Pp.77-101. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/issue/view/1435> Acesso em 12 de abril de 2016.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. São Paulo e a Ideologia Higienista entre os séculos XIX e XX: a utopia da civilidade. Sociologias, Porto Alegre, v. 15, n. 32, pp. 210-235, Abril, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 de maio de 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222013000100009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. – São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVOLARI, Bianca. Law and the right to the city: the search for definitions. In: Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do UNILASALLE – Sociology of Law on the move: perspectives from Latin America, 2015. GT – [1854] The right to the city – international research group on law and urban space. Rio Grande do Sul. *Anais...*Canoas: 2015. Pp. 1526-1537.

MEZZAROBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa no direito: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. – 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LINO, Wagner Luiz Menezes. Ordem global e transnormatividade. – Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2005.

KANT, Immanuel. The philosophy of law. An exposition of the fundamental principles of jurisprudence as the science of right; translation William Hastie. – Edinburgh: T&T Clark, 1887.

HARVEY, David. Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution. – New York: Verso, 2013.

LEFEBVRE, Henri. Le droit à la ville. Paris: Anthropos, 2009.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. – 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 6.ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal; tradução Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres. Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil. – Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BECKER, Howard. Outsiders: estudos de sociologia do desvio; tradução Maria Luisa X. de Borges. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

MARCUSE, Peter. Whose right(s) to what city? In: BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. (orgs.). Cities for people, not for profit. New York: Routledge,2012.

FERNANDES, Edésio. Constructing the 'right to the city' in Brazil. Social & Legal Studies, Volume 16(2),2007. Disponível em <http://1mundoreal.org/wp-content/uploads/2010/12/Edesio-Fernandes-Constructing-The-Right-to-the-City-in-Brazil.pdf> Acesso em 23 de abril de 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

CANOAS, 2016.

O AVANÇO TECNOLÓGICO NA MODERNIDADE E SEU PAPEL NA LUTA PELA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Ronaldo Félix Moreira Júnior[1]

RESUMO: A atual fase da modernidade é entendida – conforme autores como Anthony Giddens e Ulrich Beck – como um momento diverso da modernidade surgida no início do processo de industrialização. Motivo pelo qual muitos autores criaram termos como "sociedade da informação" para apontar o que seria uma "pós-modernidade". Contudo, Giddens teceu críticas às expressões que insinuavam o encerramento desse período, dizendo que não é o fim da modernidade, mas sim um momento pertencente a ela em que suas consequências se tornaram mais radicalizadas e universalizadas. A rapidez corrente desse momento é algo que permeia todas as searas da vida social e que ficou ainda mais claro com o avanço tecnológico nas últimas décadas, o que causou uma aceleração do ritmo de mudança das vidas dos indivíduos. As vidas cotidianas estão sendo sempre mais influenciadas pela tecnologia e hoje diversos grupos sociais, ainda que periféricos, possuem (ainda que em menor grau) acesso a essas tecnologias, o que se tornou algo fundamental para a luta pela efetivação de seus direitos. Com efeito, o presente trabalho tem como objetivo realizar o seguinte apontamento: como os recentes avanços tecnológicos podem favorecer movimentos contra-hegemônicos por meio da apropriação da tecnologia da informação por grupos periféricos? O estudo da modernidade tardia de Giddens, bem como outros assuntos, como a inclusão digital estudada por Sério Amadeu da Silveira, serão fundamentais para a solução da indagação apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: globalização. avanços tecnológicos. efetivação de direitos.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se a modernidade vivida contemporaneamente como um momento diverso daquele existente em sua concepção (como um estilo ou mesmo organização social que surgiu na Europa após o século XVII). Dessa forma, não foram poucos os autores que surgiram com novos termos para tentar representar o período atual. Expressões como "sociedade da informação" ou "sociedade do consumo" surgiram para apontar esse momento no qual a sociedade se encontra. Outros ainda preferem o termo "pós-modernidade", sinalizando uma espécie de rompimento com a modernidade que anteriormente surgiu.

Autores como Anthony Giddens e Ulrich Beck, entretanto, foram responsáveis por criticar essas expressões que pregavam o fim da modernidade, de modo que ela não teria encontrado seu fim, o que houve realmente foi a chegada de um momento ainda pertencente a ela em que suas próprias consequências se tornaram tanto mais radicais quanto também universais.

É certo que o processo conhecido como globalização, em conjunto com os diversos avanços na tecnologia nas últimas décadas trouxe uma série de consequências não necessariamente positivas para os indivíduos. A atomização da vida e a necessidade de se confiar estritamente mais em sistemas peritos são apenas alguns exemplos. O uso dessas novas tecnologias de forma global para violação de direitos e garantias fundamentais estão entre as consequências mais graves, presentes na forma de invasões armadas a países periféricos ou mesmo na vigilância constante dos cidadãos que chegam ou saem dos países considerados economicamente centrais.

Pode-se ter certeza que a vida dos indivíduos está sendo cada vez mais influenciada pela presença da tecnologia, sendo que a internet pode ser considerada o exemplo mais crucial, manifesta agora não apenas em computadores, mas celulares, relógios e até mesmo em aparelhos de televisão. Em aspectos positivos ou negativos, a sociedade está mais dependente desses avanços.

---

1 Especialista em Direito Penal e Processual Penal (FDDJ), mestre em Direitos e Garantias fundamentais (FDV), bolsista pela FAPES e pesquisador no Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura; ronaldo.fr32@gmail.com.

No que pese a grande quantidade de violações que se tornaram possíveis graças às novas tecnologias, é também possível perceber que, aos poucos, diversos grupos sociais, ainda que periféricos, ao se apoderarem dessas tecnologias (principalmente de comunicação e informação), a utilizaram (e ainda utilizam) como uma forma de se adquirir direitos que são constantemente negados. Instrumentos como o *software livre* tem trazido um acesso a esses grupos a direitos como a informação e ao que se compreende como uma verdadeira inclusão digital, capaz de favorecer uma maior visibilidade a eles.

Portanto, o objetivo do trabalho em questão consiste em responder ao seguinte apontamento: como os recentes avanços tecnológicos podem favorecer movimentos contra-hegemônicos e a busca por direitos por meio da apropriação da tecnologia da informação por grupos periféricos?

Dessa forma, a primeira parte do trabalho trará a pesquisa a respeito do surgimento da modernidade, bem como o de suas atuais consequências. Os estudos de autores como Giddens e Beck serão cruciais para que se possa entender esse momento. Conceitos como o surgimento de riscos, atomização e conhecimento perito são fundamentais para que se entenda a própria crítica ao conhecimento científico que vem surgido nas últimas décadas.

A segunda parte do trabalho será responsável por apontar a forma como alguns grupos sociais mais periféricos, principalmente alunos da rede pública de ensino brasileira, têm se apoderado dessas novas tecnologias da informação e como isso é essencial para uma luta por efetivação de direitos fundamentais. Dados de acesso à internet provenientes de pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e pelo Comitê Gestor da Internet serão fundamentais para apontar o avanço do uso das tecnologias de informação pelos brasileiros. A importância do uso da tecnologia para a aquisição de direitos também será algo retratado nesse capítulo.

Após essas análises, serão apontados alguns projetos atualmente desenvolvidos de modo a compreender o desenvolvimento desses grupos e, consequentemente, a responder a indagação inicialmente apresentada.

2 MODERNIDADE E GLOBALIZAÇÃO

2.1 A Chegada Da Modernidade Tardia

UNILASALLE CANOAS

É recorrente o uso do termo "modernidade" em diversos sentidos, contudo, é preciso definir esse termo e associá-lo a um determinado período e localização geográfica. Giddens (1991, p. 8), entende que esse tipo de organização social foi algo que emergiu ainda na Europa após o século XVII, cuja influência foi altamente disseminada no restante do ocidente.

Nas últimas décadas foram notadas mudanças drásticas no tocante aos vários hábitos e também à cultura da sociedade ocidental. Pode-se afirmar que a maior parte dessas alterações ocorreram devidos aos muitos avanços em diversas áreas da tecnologia, como as tecnologias de informação e comunicação. Um dos maiores exemplos, o computador, deixou de ser apenas um aparato de processamento de dados para se tornar um objeto pessoal e até mesmo indissociável da vida cotidiana.

É por esse motivo que Giddens (1987, p. 237) sustenta que os últimos três séculos são, de certa forma, tão diferentes da história humana anterior que a interpretação dessa história deve agora se concentrar na natureza das diferenças existentes. Essas mudanças que ocorreram nesse curto período são para o autor provavelmente tão amplas quanto aquelas ocorridas em vários milhares de anos anteriores.

Por ter se alterado drasticamente nos últimos anos, a modernidade adquiriu diversas novas características, uma vez que os estilos, costumes de vida e a organização social surgidas no continente europeu ainda no século XVII em nada mais se parecem com os costumes e hábitos que tiveram início na gênese do séc. XXI ou mesmo na presente década. É possível afirmar que essas mudanças têm se tornado mais radicais com o passar do tempo e vários dos costumes vivenciados hoje já são completamente diferentes daqueles vivenciados há vinte ou trinta anos.

Essas transições têm se tornado tão frequentes que, conforme já mencionado, muitos autores trouxeram termos para explicar a emergência de uma nova forma de sistema social, sugerindo ainda,

alguns, a ocorrência de um encerramento do que se entende como modernidade, o que fez surgir termos como “pós-modernidade” ou sociedade “pós-industrial”.

Também como já apontado, Anthony Giddens realizou severas críticas para as expressões que insinuavam o encerramento da modernidade. O que realmente está acontecendo (GIDDENS, 1991, p. 10) não é o fim desse momento, as consequências dele é acabaram por se tornar mais radicalizadas e universalizadas, o que pode ser representado pelo termo modernidade tardia.

Assim, é um fato que as civilizações existentes no início da modernidade tenham sido realmente mais dinâmicas que diversos outros povos em sistemas sociais pré-modernos, mas a rapidez dentro da modernidade tardia é ainda mais extrema, algo que permeia todas as searas da vida dos indivíduos, mas que se mostra muito mais emergente e clara no que diz respeito aos avanços da tecnologia (GIDDENS, 1991, p. 12).

Giddens ainda ressaltou que as descontinuidades inerentes ao modo de vida atual podem ser observadas também na questão do tempo e espaço e na aceleração do ritmo de mudança intrínseco das instituições existentes. Por exemplo, pode-se dizer que o cálculo do tempo em períodos anteriores sempre ligava necessariamente o tempo a um determinado lugar. Era impossível dizer um horário do dia sem que houvesse uma referência a outros marcadores: o termo “quando” deveria ser necessariamente associado ao termo “onde”. Com a invenção do relógio mecânico no século XVIII, o tempo foi finalmente separado do espaço (GIDDENS, 1991, p. 25).

Essas transformações que causaram essa aceleração da vida de praticamente todas as pessoas afetaram praticamente quase todos os aspectos do cotidiano. As vidas estão sendo sempre mais influenciadas por eventos que acabam por ocorrem do outro lado do mundo, o que também faz com que hábitos antes locais de estilo de vida se tornem agora globalmente consequentes (GIDDENS, 1994, p. 39).

O que se entende hoje como globalização, contudo, jamais teria ocorrido sem que circunstâncias danosas e prejudiciais também a acompanhassem. As consequências do processo de globalização são impressionantes (partindo de um ponto de vista negativo), já que da mesma forma que o uso da tecnologia se tornou globalizado, o mesmo ocorreu em relação a domínios econômicos, e também com a violação de inúmeros direitos fundamentais.

Giddens ainda aponta (2007, p. 25) que entre os anos de 1989 e 1998 a participação da quinta parte mais carente economicamente da população mundial na renda global caiu de 2,3% para 1,4%, enquanto a proporção que estava relacionada à quinta parte mais rica subiu. Além disso, em diversos países em desenvolvimento, regulamentações de segurança ou mesmo de preservação ambiental são atos praticamente inexistentes, de forma que empresas transnacionais vendem nesses locais muitos produtos que em outras localidades são controlados ou até mesmo proibidos.

Certamente Anthony Giddens não é o único autor a dar esse sentido para a globalização dentro do momento pelo qual passa a modernidade. Para John Urry (2004, p. 2), o que muitos dos analistas no início do século XXI fizeram foi aplicar as chamadas “físicas da complexidade” nas ciências sociais contemporâneas.

Urry se refere aos estudos das complexidades como uma investigação de sistemas que forma se adaptando e se transformando na medida em que também foram se organizando através do tempo. É como se um indivíduo caminhasse por um labirinto cujas paredes fossem se modificando na medida em que ele avançasse pelos caminhos incertos. Novos passos devem ser dados no intuito de se ajustar ao movimento das paredes desse labirinto. Portanto, a pesquisa da complexidade está claramente vinculada a sistemas emergentes, dinâmicos e auto-organizáveis que se interagem de uma forma que influenciam as probabilidades dos eventos futuros (2004, p. 3).

É o que pode ser visto novamente em Giddens quando este define o mundo moderno como um verdadeiro carro de “*juggernaut*” desgovernado, um sistema que coloca em movimento diversos

processos de natureza irreversível que se estendem por todo o planeta gerando efeitos colaterais incapazes de serem controlados (URRY, 2004, p. 2).

2.2 Sistemas Abstrados E Avanços Tecnológicos

Antes que uma análise do uso das tecnologias da informação e comunicação para fins de busca por direitos possa ser feita, é preciso que se tenha uma noção precisa das consequências no atual momento da modernidade que são decorrentes desses próprios avanços.

Uma das consequências dessa fase atual é a própria reflexibilidade das sociedades atuais, vista por Beck e Lash (1997, p. 15) como uma das mais importantes características delas. Essa reflexibilidade indica que essas sociedades são aquelas que devem encontrar as soluções para os próprios problemas que foram criados sistematicamente pela modernização social em praticamente todas as áreas. Essa modernização, que é vista como uma espécie de inovação autônoma, está vinculada à obsolescência da sociedade industrial, que cedeu seu lugar para o que se compreende hoje como a sociedade do risco.

Pode-se dizer que a modernização reflexiva é algo que pende para as mais diversas transformações no mundo atual, para o "processo de crise" e para as consequências dessas alterações. É importante entender para o presente trabalho que os indivíduos estão vivendo em um mundo cada vez mais reflexivo, capaz de estimular a crítica, o autoenfrentamento e também a destradicionalização. Não é um equívoco compreender essa dentro desse contexto de reflexibilidade, as práticas sociais estão sempre em exames e reformas que surgem com base na informação que é renovada sobre elas mesmas. Apenas nessa era moderna essa revisão da convenção é radicalizada de tal forma que se aplica a todos os aspectos da vida humana, o que inclui a intervenção tecnológica no mundo material (GIDDENS, 1991, p. 39).

Os chamados sistemas abstratos também são importantes consequências desse período que possuem uma forte ligação com os últimos avanços tecnológicos. Os sistemas abstratos são formados por dois elementos, quais sejam: os sistemas peritos e as fichas simbólicas. É possível entender os sistemas peritos como um grupo de conhecimento técnico ou mesmo de competência profissional que é destinado a organizar os diferentes campos tanto do ambiente material como do ambiente social da atualidade. As fichas simbólicas são as formas tradicionais de intercâmbio que circulam independentemente das características específicas de indivíduos ou mesmo grupos que trabalham com elas, o dinheiro é o maior exemplo (GIDDENS, 1991, p. 35-36).

Os sistemas abstratos conferem aos indivíduos uma sensação de segurança no dia-a-dia em relação aos seus afazeres. Em um mesmo dia uma pessoa pode realizar uma transferência bancária para outro país, utilizar um aplicativo de telefone celular para chamar um taxi ou outro meio de transporte, se locomover em seu veículo confiando apenas em seu GPS e até mesmo viajar entre estados (ou países) de avião. Para tanto, o indivíduo apenas tem que confiar na prestação desses serviços. A modernidade alcançou um ponto em que não é necessário a essa pessoa quaisquer conhecimentos tecnológicos ou perito em relação à pilotagem de avião, cartografia ou algo similar. Há uma rede de sistemas peritos que possuem e aplicam esse conhecimento.

Por fim, para que se feche essa primeira parte do trabalho, é importante mencionar que os avanços tecnológicos também estão ligados aos riscos surgidos na modernidade. Esses riscos não podem ser vistos como os mesmos existentes durante a Idade Média, mas novos riscos que se estabeleceram com os avanços da modernidade e que estão ligados à incerteza, à situações avaliadas em possibilidades futuras (GIDDENS, 2007, p. 32-33). Esses riscos como situações possibilidades futuras é algo exclusivo da modernidade reflexiva. Apesar de serem vistos por diversos autores como a possibilidade de algum tipo de "desastre" (ainda que não ocorra na literalidade do termo), como o que ocorreu em Chernobyl, estão também incluídos nesses elementos os riscos econômicos (riscos de uma economia globalizada) e até mesmo o que se compreende como terrorismo.

3 TECNOLOGIA, CIDADANIA E DIREITOS

3.1 Uma Breve Análise Da Relação Entre Direito E Tecnologia

Conforme foi demonstrado no tópico anterior, os avanços tecnológicos na atual fase da modernidade foram responsáveis por uma profunda mudança na forma de interação entre as pessoas e também por uma mudança radical no comportamento delas. Se a modernidade reflexiva possui a capacidade de instigar a crítica aos indivíduos e romper até mesmo com determinadas tradições, vale dizer que esses avanços também alteraram direitos e a forma de usufruí-los.

Até mesmo o conceito de cidadania, conforme determinados autores, como Ricardo Lobo Torres (2009, p. 48-49), possuem um novo significado. Ao pesquisar certos aspectos do termo mencionado, traz suas diferentes concepções, divididas em diferentes dimensões, como a dimensão temporal e dimensão espacial. Não obstante, o autor também menciona um novo tipo de cidadania, chamada "cidadania virtual", que possui como um de seus escopos a afirmação de direitos de liberdade que devem prevalecer dentro do ciberespaço. Esse ideal de liberdade está ligado ao fato de que a internet é vista como um ambiente que deve ser livre de ingerências governamentais, corporativistas ou de qualquer órgão supranacional. Entre as liberdades exercidas nesse ambiente, é de grande importância mencionar o direito à participação política e até os direitos políticos.

Essa crença nas tecnologias de informação e comunicação para efetivação de direitos já era discutida até mesmo quando o ciberespaço não era difundido na sociedade da forma como é hoje, mas era (e ainda é) visto como um possível instrumento capaz de romper com a atual crise da representatividade política, como asseverado por Moreira Neto (1992, p. 19-20):

> Na verdade, será através do desenvolvimento e da instituição das formas de participação semidiretas, com a superação dos problemas de eficiência, ainda apontados como um de seus inconvenientes, que poderá se esperar, num prazo mais longo, para nossos pósteros, num mundo facilitado pelo manejo da informática, o renascimento de institutos da democracia direta, pelo menos naquelas decisões que tangenciem a esfera das liberdades individuais, sociais e políticas da pessoa humana, as que mais cuidado e proteção devem merecer no futuro, para que possam ser evitados os abusos do passado.

Nos presentes dias, já é possível afirmar que esses instrumentos de participação já se fazem, ao menos em parte, presentes e que esses meios de participação direta (ou semidireta) podem ser, de certa forma, realizados, como a Lei 12.965/14 (BRASIL, 2014), também chamada de Marco Civil da Internet, fruto de debate e participação popular que (no que pese suas atuais críticas) demonstra que a participação política mais presente dos indivíduos é algo atualmente possível.

No que diz respeito às novas características dos direitos com a influência dos avanços tecnológicos, além do caráter político, há outras características que merecem destaque no trabalho. As atuais mídias sociais favorecem também novas formas de liberdade de expressão e informação de uma maneira que dificilmente seria possível imaginar há algumas décadas.

A desvinculação dos instrumentos de informação do ciberespaço em relação às mídias tradicionais faz com que diversos conteúdos fiquem acessíveis à população sem que haja algum tipo de censura ou sem que seja necessária uma adequação à determinada agenda de um jornal impresso ou televisivo. Como nos exemplos atualmente vistos relacionados à atual crise política brasileira, a internet passou a ser um dos principais meios de informação no que diz respeito a quaisquer informações relacionadas a esse e outros assuntos. É possível que determinadas notícias hoje sejam coletadas diretamente de sua fonte, independentemente de qualquer intermediário.

Esse tipo de liberdade está ligado diretamente à liberdade de expressão e como ela tem se tornado de grande importância nos dias atuais, principalmente no que diz respeito a grupos minoritários e/ou marginalizados. Também como salientado, as novas formas de interação disponibilizadas pela rede

mundial de computadores favorecem a diversidade do discurso no ambiente virtual, grupos que dificilmente ocupam a mídia tradicional possuem agora a capacidade de se afirmar e de visibilizar diante da sociedade. Nota-se que a apropriação verdadeiramente efetiva de instrumentos para tais atos ainda não é uma completa realidade, conforme será demonstrado.

3.2 Dados Sobre Inclusão Digital

Até o momento duas questões importantes em relação ao desenvolvimento da tecnologia (principalmente na área das tecnologias de informação e comunicação) foram tratadas: a mudança nos hábitos e comportamentos sociais nas últimas décadas; a nova forma de se analisar e usufruir determinados direitos. Entretanto, apesar de em um segundo momento ter se falado em apropriação da tecnologia por determinados grupos de indivíduos, é necessário apontar, como forma de se aproximar do objetivo do trabalho, como essa apropriação não é efetiva (devido, principalmente, à exclusão digital existente por diversos fatores) e quais medidas tem sido realizadas para que ela ocorra efetivamente.

A inclusão digital aqui será entendida pelo seu oposto, exclusão digital, definida não apenas pela ausência do acesso à internet ou computadores, mas também da capacitação da utilização desses dois instrumentos. Em uma análise dos últimos anos, é possível afirmar que o Brasil, em 2013, ocupava 12ª colocação mundial pela quantidade de servidores conectados à Internet, de modo que havia 10.807 *sites* hospedados. Os Estados Unidos se encontravam na primeira colocação com 421,228 e logo depois a Alemanha com 70,587 (ROYAL PINGDOM, 2013). Com relação à quantidade de usuários de internet, o Brasil tem uma faixa de 46,5%, conforme os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (EXAME, 2013). Em relação à rede pública de educação, pode-se dizer que ocorreu um considerável aumento de utilização de computadores por parte dos alunos. Enquanto o número de computadores nas escolas públicas em 2011 se encontrava na margem de 24,1%, nos anos que se seguiram (até 2013) esse número subiu para 65,8%. As análises feitas em 2016, muito embora sejam mais promissoras, ainda apresentam sérios problemas, como será demonstrado:

Pela primeira vez, mais da metade das casas do Brasil possuem conexão com a internet. Esse avanço teve início ainda em 2014 segundo a Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios (Pnad) realizada pelo IBGE (G1 TECNOLOGIA, 2016). Os dados apontam que 36,8 milhões de casas passaram a se conectar, o que equivale a 54, 9% do total. Estimasse que ao todo são 95,4 milhões de pessoas no país com acesso à internet. Contudo, esses resultados apenas foram possíveis com uma mudança metodológica realizada pelo IBGE, que passou a contar os acessos realizados em *smartphones*, *tablets* e outras ferramentas. Segundo essas estatísticas, o aparelho celular passou a ser o modo preferencial para navegação nos últimos anos, estando presentes em quatro entre cada cinco casas. Com efeito, os computadores pessoais estão sendo menos utilizados, já que do ano de 2013 para o de 2014, seu número de usuários caiu de 78,3 milhões para 76,8 milhões.

Entretanto, conforme já ressaltado, determinados problemas ainda devem ser considerados, já que, conforme a pesquisa em questão, o maior índice de uso da rede mundial de computadores ainda pertence às casas com renda per capita maior que cinco salários mínimos. Os dados apontam que 88,9% dessas residências estão conectadas. Os altos preços de uma conexão banda larga no país ainda contribuem para que a conexão com a internet não seja uma das prioridades da população de renda mais baixa.

Em uma pesquisa realizada pelo CGI – Comitê Gestor da Internet (CARTA CAPITAL, 2016), a proporção de domicílios com acesso à internet ocorre da seguinte maneira: 98% na classe “A”; 82% na classe “B”; 48% na classe “C”; e 14% nas classes “D” e “E”. Além disso, enquanto em áreas urbanas o número de domicílios com acesso à internet é de 54%, nas áreas rurais ainda é de 22%. A pesquisa ainda aponta que 32,7 milhões de domicílios não possuem acesso à internet. A desigualdade regional também é demonstrada de forma clara pela pesquisa: enquanto o maior número de domicílios com

acesso à rede se encontra na região sudeste (59%), sul (57%) e centro-oeste (48%). As regiões norte e nordeste apresentam índices de, respectivamente 33% e 37%.

Por fim, retornando ao tema "valor da conexão", a pesquisa ainda aponta que 18% dos domicílios conectados pagam até 30 reais por sua conexão, enquanto a maior parte (59%) paga valores entre 31 e 100 reais. Apenas 9% de todos os domicílios pagam acima disso, de modo que, em geral, apenas 24% de todas as residências conectadas possuem conexão maiores que 8Mbps (*megabytes* por segundo).

Importante mencionar o que Silveira aponta em relação à dependência da tecnologia, salientando que todo período histórico é detentor de um conjunto de tecnologias que é utilizado principalmente pelas sociedades dominantes e, consequentemente, por suas elites. Esse conjunto de tecnologias é utilizado por essa camada da sociedade tanto como uma fonte especial de poder quanto como uma forma de reprodução da riqueza. Segundo o autor (2003, p. 22):

> Não seria exagero apontar que as sociedades humanas se organizam como sociedades tecnodependentes. Dificilmente encontraremos exemplos históricos de sociedades ricas ou com qualidade de vida avançada em países que não dominam ou usam as principais tecnologias de seu período. O capitalismo mundial tem sofrido transformações em sua base reprodutiva, onde se estruturam seus determinantes tecnológicos.

Entende-se, portanto, que o fenômeno conhecido como globalização, muito embora seja capaz de possibilitar maior comunicação entre diferentes Estados, culturas e pessoas, além de favorecer um maior desenvolvimento tecnológico, atua diversas vezes contra a inclusão digital. O que caracteriza essa produção de processos globalização é em grande parte o fato de seu impacto pode se estender tanto às realidades em que ela afeta com exclusão como com inclusão. Para que, portanto, essas mudanças nas formas de se compreender direitos e de efetivá-los para diversos grupos marginais, não basta apenas o processo de globalização e as novas tecnologias fornecidas por eles, é preciso que essas classes se apropriem efetivamente delas.

UNILASALLE CANOAS-RS

3.3 A Apropriação da Tecnologia e Movimentos Contra-Hegemônicos

Após a análise do último tópico, fica claro afirmar que uma busca por uma verdadeira e efetiva inclusão digital é uma busca por um novo tipo de cidadania e também de efetivação de direitos e da própria participação política. Trata-se de uma possibilidade de visibilidade de diversos grupos, principalmente aqueles provenientes de camadas mais carentes economicamente da sociedade.

Além disso, é de crucial importância ressaltar que a mera utilização de computadores e *softwares* de grandes empresas internacionais dificilmente será algo que levará a uma plenitude da inclusão digital, pois se tratam apenas da reprodução de mecanismos de órgãos poderosos. Por isso que o estudo e o ensino de ferramentas como o software livre exibem um importante papel na sociedade atual, principalmente dentro de ambientes pertencentes a grupos como escolas públicas.

André Lemos (2004) bem recorda que nos últimos tempos foi desenvolvido o que se entende como cibercultura, que se tornou onipresente de uma maneira que o usuário não mais necessite se deslocar até a rede, pois ela já o envolve e também os objetos ao seu redor. Essa nova cultura, capaz de alterar comportamentos e criar novos hábitos (como já foi tratado), tem como um de seus principais fundamentos a cooperação, que também é um dos fundamentos do *software livre*. Dentro, por exemplo, do ambiente escolar, essas tecnologias colaborativas (MOREIRA, 2012, p. 18):

> [...] trazem novas e diferenciadas possibilidades para que as pessoas possam se relacionar com os conhecimentos e aprender. Já não se trata apenas de um novo

> recurso a ser incorporado à sala de aula, mas de uma verdadeira transformação, que transcende até mesmo os espaços físicos em que ocorre a educação. A dinâmica e a infinita capacidade de estruturação das redes colocam todos os participantes de um momento educacional em conexão, aprendendo juntos, discutindo em igualdade de condições, e isso é revolucionário.

Apesar de ainda incipiente, a utilização dessas novas tecnologias e desses novos hábitos já é uma realidade, inclusive em regiões com uma maior concentração de desigualdades. Por exemplo, projetos como o Cidades Digitais (PORTAL BRASIL, 2016), que une, entre outras instituições, o Instituto Federal do Ceará (IFCE) e Universidade Regional do Cariri (URCA), por meio da utilização desses instrumentos cooperam para a formação técnica-profissional em tecnologias de informação e comunicação e professores e alunos das instituições públicas de ensino para a produção de conteúdo em áreas como educação e meio ambiente nos Estados do Ceará, Piauí e Paraíba.

Não obstante, conforme menciona Silveira (2003, p. 29), a busca pela plenitude de uma inclusão digital é também uma luta pela globalização contra-hegemônica, por meio da apropriação da sociedade e dos grupos que são socialmente excluídos das tecnologias da comunicação e informação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como já retratado, a modernidade foi analisada como um momento em que os diversos avanços tecnológicos foram importantes para que fossem alterados não apenas o modo de vida dos indivíduos, mas também seus hábitos, a cultura e até mesmo a forma de se analisar os direitos, entre eles, diversas liberdades individuais e até direitos políticos.

A chamada modernidade tardia faz com que os indivíduos, ainda que inconscientemente, retirassem a confiança que antes estava relacionada a outros indivíduos próximos para que ela passasse para os chamados "conhecimentos peritos". Não obstante, com ela vieram os riscos e incertezas ligados a crises econômicas globais, desastres ambientais causados pela influência humana e até mesmo o desenvolvimento do poder bélico tanto de grupos estatais como paraestatais.

Por outro lado, essa mesma modernidade favoreceu um novo pensar, uma ruptura com diversos pensamentos tradicionais. Esse ponto somado aos avanços das tecnologias de comunicação e informação favorecem as alterações já mencionadas, como na forma de se ver e usufruir determinados direitos. A cibercultura, por exemplo, como um novo tipo de relação entre as tecnologias e a sociabilidade que molda a cultura contemporânea, pode ser vista como uma dessas consequências.

Dessa forma, de uma maneira a responder a indagação inicial do trabalho, é preciso afirmar que o puro avanço das tecnologias não é, por si só, um evento que dará aos mais diversos grupos sociais a capacidade de verem seus direitos ligados a essas tecnologias efetivados. Contudo, a realização por parte de setores governamentais e não governamentais de diversos projetos (principalmente aqueles ligados aos *softwares livres*) são fundamentais para essa manifestação contra-hegemônica.

Conforme apontaram os dados demonstrados, pela primeira vez mais das metades das residências no país possuem acesso à internet. Por mais que de uma maneira geral isso possa parecer um avanço, uma análise mais cuidadosa realizada pelo Comitê de Gestão de Internet demonstrou três outros fatores de considerável relevância: 1) a grande maioria desses acessos ocorrem em casas de pessoas economicamente não carentes; 2) uma mínima parte dessas residências possui um acesso à rede mais rápido que 10Mbps; 3) a maior concentração de acessos se encontram nas regiões sul e sudeste.

A desigualdade ainda se mostra de forma clara, de uma maneira que é possível notar que o pleno acesso aos meios de comunicação ligados à rede mundial de computadores não é uma realidade para grande parte da população, principalmente a parte mais pobre, de áreas rurais e das regiões norte e nordeste. O alto custo de computadores, celulares, *tablets* e também dos próprios serviços de acesso à internet são vistos como o principal motivo para essa disparidade.

Portanto, para que a indagação seja realmente respondida, é preciso dizer que é possível a utilização dessas tecnologias para a efetivação desses chamados "novos direitos", mas a apropriação dessas tecnologias é a parte mais dificultada nesse processo, mas que está ocorrendo graças à diversos projetos ligados à disseminação do aprendizado e do uso tecnológico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 19 de jul. de 2014.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. Dimensões da modernidade. Trad. Rui Pena Pires, 1987. Disponível em: <http://sociologiapp.iscte.pt/pdfs/36/407.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2015.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole. Trad. Maria Luiza Bordes. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIDDENS, A. Risco, confiança e reflexividade. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. Modernização Reflexiva. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

Governo fortalece integração das ações de inclusão digital. Portal Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/03/governo-fortalece-integracao-das-acoes-de-inclusao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Inclusão digital no país chega a menos de 50%, diz IBGE. Exame. Disponível em: http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/inclusao-digital-no-pais-chega-a-menos-de-50-diz-ibge?page=2. Acesso em: 01 de jun. de 2014.

Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. G1 Tecnologia, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>. Acesso em: 20 jan. 2016.

LEMOS, André. Cibercultura e Mobilidade: A Era da Conexão. Revista Razón y Palabra. N. 41, outubro-novembro 2004. Disponível em: <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n41/alemos.html>. Acesso em: 20 de set. de 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política: Legislativa – Administrativa – Judicial (Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

O desafio da inclusão digital. Carta capital, 2016. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/especiais/infraestrutura/O-desafio-da-inclusao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. IN: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João (Org.). Software livre e inclusão digital. São Paulo: Conrad. Editora do Brasil, 2003.

The top 100 web hosting countries. Royal Pingdom. Disponível em: http://royal.pingdom.com/2013/03/14/web-hosting-countries-2013/. Acesso em: 01 de jun. de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro;

UNILASALLE CANOAS-RS

URRY, John. The complexities of the Global. Lancaster University, 2004. Disponível em: <http://www.lancaster.ac.uk/fass/resources/sociology-online-papers/papers/urry-complexities-global.pdf >. Acesso em: 1 jan. 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

PLURALISMO JURÍDICO E AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SÁUDE: DEMOCRACIA OU TECNOCRACIA?

Antonio Carlos Fialho Garselaz[1]

RESUMO: Este artigo analisa as discussões e desdobrados normativos da Audiência Pública da Saúde do STF, a luz do referencial teórico do Pluralismo Jurídico Comunitário de Antonio Carlos Wolkmer, ponderando se a participação dos especialistas e as normas criadas em decorrência da audiência, refletem uma espécie pluralismo jurídico, de forma a ser um instrumento democrático e participativo, para resolver os conflitos a que se propôs ou se tratou meramente de um instrumento para legitimar a vontade estatal, sem possibilitar a participação equilibrada dos atores sociais e técnicos atingidos pela temática.

PALAVRAS CHAVES: Direito a Saúde. Pluralismo Jurídico. Audiência Pública da Saúde. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

As audiências públicas foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico, tendo como um dos seus objetivos, uma abertura judicial voltada ao principio democrático, com a participação no processo decisório, dos grupos atingidos por determinada demanda.

Em face das dificuldades administrativas na efetivação do direito a saúde, bem como, sua expressa garantia constitucional, cada vez mais a questão foi direcionando-se ao judiciário, com aumento significativo de demandas, que continua em ascensão como é possível verificar nos dados disponibilizados pelo CNJ, que apresentam um total de demandas judiciais no âmbito da Justiça Estadual e Federal em 2011 de 240.980 processos e em 2014 de 392.921 processos.

Neste cenário, em 05 de março de 2009 o Presidente do Supremo Tribunal Federal a época, Ministro Gilmar Mendes, em face de diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em tramite no âmbito da presidência, com objetivo de suspender medidas cautelares que determinavam fornecimento de diversas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde, especialmente após a STA 91, convoca Audiência Pública numero 4, a ser realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de Maio de 2009, a fim de ouvir especialistas e jurisdicionados, sendo a primeira Audiência Pública realizada após a Emenda Regimental n° 29, que regulamentou os procedimentos para convocação e realização de audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal

As audiências publicas a *prima facie*, refletem um avanço na democracia e podem ser identificadas, como uma espécie de Pluralismo Jurídico, na medida em que possibilitam a participação no processo decisório, de grupos minoritários, a fim de trazerem a tona seus interesses.

Entretanto ao se analisar o histórico da Audiência Pública da Saúde, por meio dos arquivos disponibilizados no site do STF, em especial o despacho de habilitação dos especialistas, e o fala de abertura do Sr Ministro Gilmar Mendes, verifica-se um numero de 140 pedidos de participação, com a aprovação de 51 participantes, que segundo afirmação do Ministro, buscou contemplar todos os envolvidos: magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, usuários, médicos, doutrinadores e gestores do sistema único de saúde.

---

1 Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando do programa de Mestrado em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle/Canoas-UNILASALLE. Advogado. Bolsista Capes/Prosup. Email: antonio@garselaz.com.br

A análise da audiência como espaço de pluralidade, passa pela verificação da representatividade dos grupos interessados, a fim de identificar se houve democracia participativa, ou se estamos diante do que Bobbio (1986) chamou de Tecnocracia, onde a participação popular esta direcionada e voltada a especialistas.

Assim o presente artigo analisará a representatividade por área de interesse dos especialistas participantes na Audiência, e a influência nos atos normativos posteriores.

2 PLURALISMO JURÍDICO

A analise da perspectiva pluralista do direito, passa pelo estudo da teoria monista. Assim a idéia central do monismo jurídico, esta centrada no direito oriundo exclusivamente do Estado, neste sentido esclarece Sáenz (2004, p.4) *"[...] es transversal em a todas las teorías del PJ [pluralismo jurídico] la convicción de que el Estado está lejos de ser el único foco de juridicidad de una sociedad".*

Para o monismo só é jurídico as normas emanadas pelo Estado, desta forma, esclarece Wolkmer (2015) que o pluralismo jurídico, fundamenta-se na sua diferenciação com o monismo, tendo uma forte influencia da omissão estatal, da crise do poder judiciário e do surgimento de novos sujeitos de direitos coletivos, que se emancipam com base em um processo de libertação democrática e participativa, apresentando-se como uma nova forma de racionalidade, para explicar a complexidade social da America Latina.

Assim o Pluralismo se contrapõe ao monismo e também reflete para Wolkmer [...]"a multiplicidade de manifestações e praticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, podendo ser ou não oficiais"[...](2015 p 257)

A concepção pluralista do direito, contempla diversos teóricos, assim o presente artigo será desenvolvido por meio do referencial teórico do pluralismo jurídico transformador de Antonio Carlos Wolkmer, que propõe um pluralismo jurídico que se caracteriza como "[..] uma estratégia democrática de integração [que] procura promover e estimular a participação múltipla dos movimentos populares organizados e dos novos sujeitos sociais de base." (WOLKMER, 2015, p.272)

A teoria do autor propõe uma interação do pluralismo legal com o pluralismo *comunitário-participativo*, o que denomina como marco teórico emancipatório.

Este marco teórico desenvolve-se com o que o autor denomina de efetividade formal e material, sendo a primeira relacionada ao surgimento de novos sujeitos sociais, tanto individuais quanto coletivo e a satisfação de suas necessidades fundamentais, e a segunda relacionada a '[...] reordenação do espaço público, mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, desenvolvimento da ética concreta de alteridade, construção de processos para uma racionalidade emancipatória" (WOLKMER, 2015, p.273).

Assim o pluralismo jurídico tem sua origem, no declínio da concepção de que o Estado com o monopólio da produção jurídica, possa resolver a integralidade dos conflitos sociais, especialmente aqueles que envolvem novos sujeitos de direitos, como movimentos sociais, povos originários, campesinos dentre outros.

Para Rubio[...] "la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas."(RUBIO, 2007, p.37). Desta forma, entende que o pluralismo jurídico, se apresenta como racionalidade para estas necessidades, contribuindo para emancipação de novos sujeitos de direitos.

As crises políticos-institucionais nas sociedades colonizadas, obrigadas a aceitar padrões jurídicos vigentes nas metrópoles colonizadoras, determinam a existência simultânea do direito do

estado colonizador e dos direitos tradicionais do colonizado. O surgimento do direito não estatal e práticas de resolução de conflitos diversas daquelas impostas pelo Estado, foram determinantes para o surgimento do pluralismo jurídico.

O Pluralismo Jurídico na assertiva de Wolkmer (2015) se apresenta como uma alternativa a crise do sistema jurídico-político, calcado no monismo centralizador, que teve inicio com a desagregação do feudalismo entre os séculos XI e XV e inicio do capitalismo entre os séculos XVII e XVIII.

No que tange ao conceito de Pluralismo, esclarece Wolkmer (2015) que, em face do complexo contexto histórico-social que envolve esta racionalidade, o pluralismo pode ser classificado com diversas formas e possibilidades, não existindo um conceito único, uma vez que se pode privilegiar aspectos jusfilosófico, sociológico ou antropológico, havendo entretanto o consenso entre as diversas formas de analisar o pluralismo, de que o direito não emana exclusivamente do Estado, assim Antonio Carlos Wolkmer define o pluralismo como:

> [...] multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais. (WOLKMER, 2015, p.257)

Para Wolkmer (2015) o poder estatal não é a única fonte de todo direito, havendo espaço para produção e aplicação normativa oriundos da sociedade, afirmando ainda, que o pluralismo pode ser visto como desde cima – transnacional e globalizado e desde de baixo, caracterizado por práticas sociais emancipadoras e movimentos sociais.

Assim o pluralismo político e jurídico, será a interação do pluralismo legal (direito) com o comunitário-participativo (social e político), que terá como fundamentos da sua efetividade material, conforme Wolkmer (2015), o surgimento de novos sujeitos sociais (individuais e coletivos) e satisfação das suas necessidades, apresentando ainda como fundamentos da efetividade formal, a reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, com a construção de processos para uma racionalidade emancipatoria.

O pluralismo jurídico para Wolkmer (2015), centra seus objetivos, na busca da totalidade de direitos de uma sociedade, esclarecendo que o pluralismo não tem a pretensão de negar o direito estatal, mas sim de obter o reconhecimento de que o direito estatal, é apenas uma das formas jurídicas que existe na sociedade, trazendo a idéia da coexistência das formas jurídicas que contempla o direito estatal e as demais manifestações normativas não estatais.

Assim o Pluralismo Jurídico pode contemplar não só formas independentes, como também práticas normativas oficiais formais, envolvendo ainda a coexistência de ordens jurídicas distintas, por meio práticas normativas autônomas por diferentes grupos sociais, reconhecidas e ou incorporadas e controladas pelo estado.

O Pluralismo Jurídico de Wolkmer, tem ainda as características de ser aberto, descentralizado e democrático, se diferenciando das demais teorias, por apresentar o poder comunitário atuando na reordenação da sociedade civil, e trata-se de pluralismo transformador, que se diferencia do pluralismo conservador, uma vez que tem como estratégia democrática a integração, promoção e estimulação a participação de movimentos sociais e dos novos sujeitos sociais de base.

Para o autor o pluralismo deve abandonar a representação da sociedade como campo de batalha de grupos concorrentes e um ideal de sociedade maior do que mera aceitação de interesses opostos, representando um novo paradigma em perspectiva de descolonização, sendo ainda totalmente contrário ao pluralismo global conservador, que surgiu para atender a interesses de corporações privativistas, coniventes com exclusão concentração e colonialidade.

Para Wolkmer (2015) a produção de um pluralismo de sujeitos coletivos com base em democracia participativa, deve resgatar direito das minorias, o direito a diferença, a autonomia e a tolerância.

A racionalidade emancipatória do Pluralismo Jurídico tem como fundamento, a superação de outras formas de pluralismo, pautados no modelo neoliberal e tendo por premissa, o projeto político oriundo das necessidades históricas de segmentos excluídos do processo de produção do direito.

Esclarece Wolkmer (2015) que o pluralismo jurídico como forma emergente de cultura político-jurídica, deve estar calcado em estruturas e mecanismo, voltadas a práticas coletivas de cidadania, com especial atenção ao que chama de pedagogia libertadora. Para o autor a pedagogia libertadora, esta relacionada a uma educação voltada ao processo de descolonização, ampliando os horizontes das sociedades colonizadas.

Ainda para Wolkmer a existência do pluralismo jurídico emancipatório pressupõe a ocorrência de alguns requisitos, sendo eles "[...] a) a legitimidad de los neuvos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de pocessos conducentes a una racionalidad emancipatória e a legitimidade dos novos movimento sociais, esta relacionada especialmente, com o fato de que não devem se adptar uma situação normativa posta, mas sim, se apresentar como "[...] un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del processo histórico social" (WOLKMER 2007, p 26).

No que tange a democratização e descentralização do espaço público participativo, segundo Rúbio, esta relacionado ao surgimento de novos movimento sociais, que trazem, um complexo sistema de necessidades, que variam de uma sociedade para outra, especialmente pelas condições negadoras de necessidade de subsistência, dentre elas o direito a saúde que possuí um constante conflito entre necessidade e demanda (RÚBIO 2007, p 46)

Ainda democratização do espaço comunitário esta relacionado à necessidade de transformações nas práticas culturais, visando concretização de direitos emanados de necessidades de novos sujeitos de direitos, ressaltando também Rúbio que a defesa de uma ética de solidariedade, esta relacionada ao entendimento da dignidade do outro, afim de que os sujeitos historicamente oprimidos, possam emancipar-se. (RÚBIO 2007, p 47)

Para Wolkmer (2015) a exaustão do Estado na resolução dos conflitos coletivos, refletem na transformação da relação Estado e Sociedade no que tange ao processo de regulamentação, e assim os acordos setoriais que agregam interesses, se apresentam como uma nova modalidade de produção normativa, onde prevalece a livre vontade dos movimentos sociais rompendo-se com o sistema onde a norma emanava exclusivamente do Estado, surgindo a idéia do direito como um acordo nos confrontos das forças sociais.

3 A AUDIÊNCIA PÚBLICA 04/2009 E AS NORMAS DO CNJ PARA O DIREITO A SAÚDE.

As audiências públicas se apresentam como abertura de participação da sociedade civil nas demandas judiciais a fim de possam trazer suas contribuições para o processo.

A Audiência Publica da saúde 04/2009 recebeu pedido de 140 participações, sendo e ouvidos cinqüenta e um especialistas, dividindo-se a audiência, nas seguintes temáticas: O acesso as prestações de saúde no Brasil Desafios do Poder Judiciário; Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; Gestão do SUS- Legislação do SUS e Universalidade do Sistema; Registro na Anvisa e Protocolos e Diretrizes terapêuticas do SUS; Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema; Assistência Farmacêutica do SUS.

Um dos problemas das audiências públicas é a lacuna legislativa para o procedimento de convocação e escolha dos especialistas, pois tanto a Lei 9.868/99 quanto e Emenda Regimental 29/09 não disciplinam os critérios de escolha dos especialistas, sendo que "[...] o laconismo da previsão legislativa [...] culminou por determinar que a figura de instrução se venha construindo a partir da casuística, com os riscos a sistematização que são próprios a esse processo". (VALLE et al.,2012, p.47)

A analise dos discursos proferidos na audiência pode ser classificada pela vinculação dos especialistas que de maneira geral, refletiram em seus discursos o posicionamento esperado dos órgãos aos quais representam.

Em regra os gestores públicos apresentaram as dificuldades financeiras, os defensores os dramas dos usuários do sistema, e os magistrados a dificuldade de decidirem questões que envolvam a vida humana e as finanças públicas.

Assim os discursos proferidos neste espaço com pretensões democráticas, plurais e participativas, que posteriormente servirá como fonte de direito para expedição da recomendação numero 31 do CNJ e para realização das I e II Jornada de Saúde do CNJ, pode ser classificado de acordo com a vinculação dos especialistas conforme tabela abaixo.

Tabela 1 - vinculação dos especialistas na Audiência Publica 04/2009 do STF

Fonte: Discursos proferidos na audiência consultados nos documentos disponíveis o site Supremo Tribunal Federal

Vinculação	Quantidade	Nome	Entidade
Especialistas-Gestores Público	14	Agnaldo Gomes da Costa	Secretario da Saúde do Amazonas
		Alberto Beltrame	Sec. de Atenção a Saúde do Min. Saúde
		Alexandre Sampaio Zakir	Repres. Sec. Seg. Pública São Paulo
		Antonio C Figueiredo	Pres. Conselho Nac. Sec. da Saúde
		Dirceu Raposo de Mello	Diretor da ANVISA
		Francisco Batista Junior	Pres. Conselho Nacional de Saúde
		Jose Gomes Temporao	Ministro da Saúde
		Paulo Marcelo Holff	Secretaria da Saúde de São Paulo
		Paulo Ziulkoski	Pres. Conf. Nacional dos Municípios
		Reinaldo F.Nery Guimaraes	Sec. da Ciência e Tecnologia do MS
		Ana Beatriz Vasconcelos	Gerente Dep de Atenção Básica do MS
		Claudio Maierovith Henrique	Coord. Comissão de Tecnologia do MS
		Maria Inez Pordeus Gadelha	Consultora Ministério da Saúde
		Cleusa R da Silveira Bernardo	Diretora do Dep Avaliação do MS
Conselhos e associações profissionais	7	Geraldo Guedes	Pres. Conselho Federal de Medicina
		Flavio Pansiere	Conselho Federal da OAB
		Jairo Bisol	Associação Nac do Min. Público – Saúde
		Lui Roberto Barroso	Colégio Nac. dos Procuradores Estados
		Marcos Salles	Associação dos Magistrados Brasileiros
		Osmar Gasparin Terra	Conselho Nac. dos Secretários da Saúde
		Jose Getulio Segalla	Sociedade Brasileira de Oncologia Clinica
Entidade de assistência e Industria	3	Ciro Moretella	Pres. Fede. Brasileira da Ind Farmacêutica
		Adib Jatene	Dir. do Hospital do Coração de SP
		Maria Helena de Oliveira	Fiocruz
Usuários	7	Antonio Barbosa da Silva	Inst de Def. dos Usuarios de Medica
		Heloisa Machado de Almeida	Ong. Conectas Direitos Humanos
		Luiz Alberto Simoes Volpe	Grupo Hipupiara Integração e Vida
		Valderilio Feijo Azevedo	Assoc. Nac. de Pacientes Reumaticos
		Josue Felix de Araujo	Assoc. Brasileira Mucopolissacaridose

UNILASALLE RS CANOAS-RS

		Paulo Menezes Sergio Henrique Sampaio	Assoc. Bras. Portadores Hipertensão Associação Brasileira Mucoviscidose
Especialistas Jurídicos	14	Andre da Silva Odacgy Catia Gisele Martins Claudia Fernanda Pereira Edelberto Luiz da Silva Fernando B. Silva Souza Janaina Barbier Gonçalves Jorge Andre Mendonça Jose Antonio Dias Tofoli Jose Antonio Rosa Leonardo Azeredo Bandarra Leonardo Lorea Mattar Carlos A. Menezes Direito Rodrigo Tostes de Alencar Vitore Maximiano	Defensor Público da União Promotora de Justiça do MDPF Proc Geral Min. Publico de Contas do DF Consultor Jurídico do Min. da Saúde Procurador Geral da Republica Procuradora do Estado do RS Juiz 5ª Vara Federal de Recife Advogado Geral da União Procurador Geral do Município de Cuiaba Procurador Geral de Justiça do DF Defensor Publico Geral da União Ministro do STF Sub Procurador do Est. do Rio de Janeiro Defensor Público do Estado de São Paulo
Acadêmicos e Pesquisadores	6	Ingo Sarlet Jose Pinot Paulo Dornelles Picon Raul Cutait Sueli Gondolfi Dalari Debora Diniz	Professor Puc/RS Professor da USP e Unicamp UFRGS e Hosp de Clin. de Porto Alegre Professor da USP Centro de Estudos em Dir. Sanitário Instituto Bioética, Direitos Humanos

Após a Audiência Publica o CNJ expediu em 30 de março de 2010, a Recomendação número 31, recomendando aos Tribunais a adoção de medidas, visando melhor subsidiar magistrados e demais operadores do direito nas demandas envolvendo Direito a Saúde.

A recomendação é subdividida em dois tópicos, sendo o primeiro formado de recomendações aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, e o segundo de recomendações as Escolas Formação e aperfeiçoamento de Magistrados no âmbito Estadual, Federal e do Trabalho.

Cotejando as falas dos especialistas da audiência pública em que prevaleceu a representatividade de gestores públicos e outros especialistas técnicos especialmente jurídicos, em detrimento da representatividade de usuários do sistema, verifica-se que os sujeitos coletivos sociais, ou seja, os usuários do sistema, pouco espaço tiveram na audiência, o que refletiu nas normas emanadas posteriormente.

A classificação apresentada acima demonstra que dos cinquenta e um especialistas que proferiram discurso na audiência, vinte e oito, podem ser classificados como gestores públicos ou especialistas jurídicos.

Ainda, dando continuidade as discussões atinentes à judicialização da saúde, o CNJ em 2010 editou a Resolução n. 107 que criou o Forum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução de questões relacionadas à saúde, instituindo comitês executivos, que foram regulamentados pela Portaria CNJ 91/2010.

Em 2014 o CNJ realizou a I Jornada do Forum Nacional da Saúde, aprovando 45 enunciados, distribuídos em Enunciados Saúde Pública (19), Enunciados Saúde Suplementar (17) e Enunciados Biodireito (9). Em 2015, foi realizado a II Jornada, em que foram aprovados mais 22 enunciados, sendo para Saúde Pública (14), Enunciados Saúde Suplementar (4) e Enunciados Biodireito (3).

Assim em ambas as jornadas, foram aprovados 67 Enunciados e no que tange aos enunciados relacionados a Saúde Pública, é possível observar abaixo que a vinculação dos

especialistas refletiu diretamente nas normas criadas, que majoritariamente regulam e burocratizam o acesso aos serviços de saúde por meio de demandas judiciais.

Tabela II – Enunciados Saúde Pública aprovados na I e II Jornada da Saúde do CNJ.
Fonte: Site do CNJ Fórum Nacional da Saúde

I Jornada de Saúde do CNJ

ENUNCIADO N.º 1 Nas demandas em tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos e/ou com problemas de álcool, crack e outras drogas, quando deferida a obrigação de fazer contra o poder público para garantia de cuidado integral em saúde mental (de acordo com o laudo médico e/ou projeto terapêutico elaborado por profissionais de saúde mental do SUS), não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica., tendo em vista inclusive o risco de institucionalização de pacientes por longos períodos.

ENUNCIADO N.º 2 Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

ENUNCIADO N.º 3 Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO n°4 (Atualizado) - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

ENUNCIADO N.º 5 Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

ENUNCIADO N.º 6 A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 7 Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.

ENUNCIADO N.º 8 Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO N.º 9 As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

ENUNCIADO N.º 10 O cumprimento de pleitos judiciais que visem à prestação de ações ou serviços exclusivos da assistência social não devem ser impostos ao Sistema Único de Saúde (SUS).

ENUNCIADO N.º 11 Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

ENUNCIADO N.º 12 A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO N.º 13 Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

ENUNCIADO N.º 14 Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 15 As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

ENUNCIADO N.º 16 Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

ENUNCIADO N.º 17 Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios.

ENUNCIADO N.º 18 Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

ENUNCIADO N.º 19 Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente.

II Jornada de Saúde do CNJ

ENUNCIADO N.º 46 – As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado.

UNIASALLE CANOAS-RS

ENUNCIADO N.º 47 - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.

ENUNCIADO N.º 48 – As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

ENUNCIADO N.º 49 Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

ENUNCIADO N.º 50 -Salvo prova da evidência científica e necessidade preemente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

ENUNCIADO N.º 51 - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

ENUNCIADO N.º 52 - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

ENUNCIADO N.º 53 – Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

ENUNCIADO N.º 54 - Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado, evitando-se a liberação única do montante integral.

ENUNCIADO N.º 55 –O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

ENUNCIADO N.º 56 – Saúde Pública - Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

ENUNCIADO N.º 57 – Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

ENUNCIADO N.º 58 - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

ENUNCIADO N.º 59 - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

ENUNCIADO N.º 60 –A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Assim os enunciados emanados da audiência por meio das jornadas de saúde do CNJ podem ser considerados como fonte do direito. António Manuel Hespanha em sua obra Pluralismo jurídico e direito democrático, apresenta seu elenco das fontes do direito, afirmando que o direito comunitário de origem judicial vem sendo regularmente reconhecido como fonte de direitos pelos tribunais. (HESPANHA, 2013, p.90).

Por sua vez Wolkmer vai tratar da pluralidade alternativa no interior do direito oficial, onde infere que

> [...] A utilização de procedimentos com baixo nível de institucionalização, em escala parcial (praticas e interpretações alternativas dentro do sistema legal vigente) e em escala total (rupturas e mudanças para outro *modus vivendi* de juridicidade), poderão contribuir para o processo de desregulamentação estatal e o conseqüente alargamento comunitário de autorregulação voluntária, sedimentando uma nova política de administração de justiça. (WOLKMER, 2015, p. 333)

Assim é possível visualizar na audiência pública da saúde, uma abertura judicial visando uma pluralidade no bojo do direito oficial, buscando participação dos atores sociais na busca pela efetivação do direito a saúde, com surgimento de normas que contemplam mesmo que de forma limitada uma democracia participativa da sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Audiência Pública da Saúde é sem duvida um importante marco na questão da saúde no Brasil, iniciando fóruns de discussão em diversas instancias, no âmbito técnico e jurídico, possibilitando a ocorrência do pluralismo jurídico, quando permite a grupos sociais, a participação na criação do direito, descentralizando o poder decisório e privilegiando a diferença ao invés da homogeneidade de argumentos, sendo um avanço na democracia representativa tradicional, na medida em que as entidades que tiveram seu pedido de participação deferidos pelo Presidente do tribunal escolheram quem os representaria.

Porem da analise da audiência, verifica-se que não há um equilíbrio de representatividade nas manifestações proferidas e a posição dos atores envolvidos pode ser resumida naqueles que pertencem a administração pública defendo interesses estatais e usuários sustentando flexibilizações nas questões relacionadas a judicialização da saúde com preponderância do primeiro grupo.

Tal encontro de ideias e argumentos aproxima a comunidade dos magistrados e integrantes da própria administração que estão defendendo na audiência seus interesses.

Verifica-se ainda que sendo o espírito da audiência pública jurisdicional, regulamenta pelo STF por meio da Emenda Regimental n° 29 ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, que a experiência não deve decorrer necessariamente da condição de especialista, bastando que a pessoa a ser ouvida, tenha experimentado as situações relacionadas a audiência, o que não foi observado na divisão de deferimento dos pedidos de manifestação na audiência que privilegiou experiências técnicas e profissionais, em detrimento das experiências dos usuário sistema, que poderiam certamente trazer uma maior contribuição para a Audiência.

Analisando a Audiência Publica e todos seus desdobramentos normativos, como a organização da I e II Jornada de Saúde que aprovaram diversos enunciados nesta temática, é possível perceber que mesmo de forma limitada, houve um avanço na democracia participativa, expressando pluralismo jurídico.

Pode ser observado ainda, no que tange aos julgados do STF posteriores a Audiência, ou seja, com a contribuição dos participantes e os respectivos desdobramentos na recomendação numero 31 do CNJ e enunciados aprovados na I e II Jornadas de Saúde do CNJ, que ouve uma mudança do posicionamento da corte, quanto aos pedidos relacionados a saúde, porem esta mudança não vai de encontro as normas emanadas da audiência, que refletem a homogeneidade, mas sim, em busca do espírito das discussões da Audiência Pública, o que é possível verificar quando a Corte deixa para traz a fundamentação de suas decisões calcadas simplesmente no direito fundamental a saúde, e passa a decidir ponderando critérios e analises especificas do caso concreto que pode ou não contemplar as reivindicações dos grupos sociais na audiência, o que sem duvidas, é um grande avanço na questão da judicialização da saúde e do pluralismo jurídico comunitário participativo.

UNILASALLE
CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CNJ. Fórum da Saúde Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saúde acesso em 18.05.2016.

FILHO, Jose Carlos Moreira da Silva Filho ;Pluralismo Jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis da la dogmática juridica a la afirmación de nuevos derechos. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) Pluralismo Jurídico.San Luis Potosí:Cenejus, 2007.

HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013.

RANGEL, Jose Antonio de La Torre: Pluralismo Jurídico.San Luis Potosí, 2007.

RUBIO, Davi Sánchez, Pluralismo Jurídico e emancipación, a partir de la obra de Antonio Carlos Wolkmer. in RANGEL, Jose Antonio de La Torre: Pluralismo Jurídico.San Luis Potosí, 2007.

SÁENZ, Juana Dávila. Apuntes Sobre Pluralismo Jurídico. Bogotá, 2004.

SILVA, Ricardo Augusto Dia; NOBRE, Milton Augusto de Brito. O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito a Saúde. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

STF. Audiência Pública da Saúde Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaúde acesso em 18.05.2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ Historia do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____;Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatório en America Latina. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) Pluralismo Jurídico.San Luis Potosí:Cenejus, 2007.

UNILASALLE
CANOAS-RS

PAX CULTURAE: A IMPRESCINDIBILIDADE DE UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS PARA CONSTRUÇÃO DA PAZ INTERNACIONAL.

Paloma Costa Andrade[1]

RESUMO: A obra contesta o pretenso universalismo conferido aos Direitos Humanos e retrata a necessidade de uma cisão paradigmática, em que o pluralismo e o multiculturalismo tornem-se os atores sociais no plano internacional. Não se pretende, no entanto, incorrer na total relativização dos referidos direitos. Para tanto, por meio de uma pesquisa mormente indireta, realizada por investigação bibliográfica objetiva-se propor um novo conceito de Paz, diverso daquele outrora elencado por Kant. A *PaxCulturae*, portanto, parte da premissa da necessidade de reconhecimento da diversidade e do pluralismo cultural para a construção de um sociedade aberta ao diálogo construtor da paz.

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo; Direitos Humanos; Construção da Paz.

1 INTRODUÇÃO

Face ao cenário, fruto da globalização, em que a sociedade se encontra na atualidade, é latente a aproximação de polos culturais, econômicos e sociais opostos. Com o advento da *internet*, ladeado pela evolução dos meios de transporte e de comunicação, o globo aparenta estar interconectado.

O que, no entanto, diz respeito ao aspecto controverso de tal proximidade, corresponde ao atrito de comunidades tão diversas em um planeta superpovoado e interconectado e a consequente ameaça à perpetuação da espécie. A paz não aparece apenas como um ideal de contornos utópicos a ser galgado a passos curtos pela humanidade. Pelo contrário, é preciso desenvolver mecanismos concretos e atuais para lidar com a presença ameaçadora do outro.

Inicialmente, é imperioso questionar a pretensão de universalidade conferida aos direitos humanos. Frente à aquilo que viriam a ser tornar os direitos humanos, há um panorama histórico notadamente ocidental, especificamente europeu. O que se verifica, então, é o desenvolvimento de um uma narrativa histórico-social que se inicia com as revoluções liberais e burguesas, perpassando a revolução industrial e culminando com a criação das cartas internacionais.

O que se questiona, porém, é revestir de autonomia internacional fenômenos atinentes apenas ao contexto europeu ocidental. Implica-se que todos os países do globo, que não vivenciaram tais fenômenos, e portanto, não reconhecem tais direitos, se submetam de maneira integral a documentos normativos que, por muitas vezes, são elaborados apenas por países ocidentais.

É neste panorama que se encontra o cerne central da questão. Como impor a construção de uma sociedade pautada pela paz e pelo respeito aos direitos humanos, se as sociedades se veem cotidianamente violadas em sua cultura, e por conseguinte, em sua integridade?

Por outro lado, deve-se ter cautela quanto à temática em estudo. Não se pode incorrer no risco de completa acepção do relativismo. Este não podem funcionar como instrumento de legitimação de violações aos Direitos Humanos.

Pretende-se, portanto, ao desenvolver esta uma breve pesquisa pelo método descritivo, utilizando-se do meio de investigação indireta através de obras bibliográficas nacionais e estrangeiras, traçar um panorama analítico da concepção multicultural de direitos humanos para a construção da paz.

---

1 Advogada; Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, graduada pela referida Universidade com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra, na Universidade de Valladolid e na Academia de Direito Internacional de Haia; *palomacostafd@hotmail.com*

2 POR UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS: PANORAMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO, CONTORNOS CONCEITUAIS E A DIVERGÊNCIA FACE AO RELATIVISMO CULTURAL.

Para que se possa verticalizar o estudo na presente temática, é necessário que se trilhe o caminho da evolução histórica e das conotações semânticas dos conceitos em análise. Não se intenta, contudo, esgotar o assunto, mas tão somente dialogar com as diversas vertentes doutrinárias e questionar aspectos como a característica universal dos direitos humanos.

2.1 Panorama histórico-evolutivo

Ab initio, antes que se prossiga ao estudo do tema em análise, é importante que se realize uma delimitação conceitual do termo "multiculturalismo". O presente termo tornou-se, incialmente, utilizado nos anos 60 nos Estados Unidos e na Europa. A origem histórica, porém, ultrapassa em muito seu uso terminológico.

A pluralidade cultural, no entanto, sempre existiu. O fenômeno da globalização apenas concedeu a esta uma maior relevância, visto que as culturas passaram a temer sua extinção. A pluralidade de culturas não é um fenômeno do mundo moderno, porém, o contexto colonizatório que culminou com a criação e organização de diversos povos com diferentes cultura sob um mesmo território conduziu a este fenômeno das sociedades multiculturais.

A colonização e seu desenlace não representa nenhuma novidade. A partir do século XVI, com o surgimento das grandes navegações, do comércio marítimo e com o maior contato cultural entre povos distintos, o fenômeno da miscigenação cultural deu-se início com maior vigor. Certo que, tal fenômeno culminou no surgimento de identidades distintas e em uma tendência para a fragmentação cultural, além do surgimento e recrudescimento do número de minorias discriminadas.

De outro modo, o multiculturalismo em forma de movimento emancipatório e de luta e política social não detinha reconhecimento, visto que se propagava uma ideologia de dominação e de privilégio às classes dominantes sócio economicamente, que em seu bojo, tinha objetivos de exploraçãodestas minorias. A questão, portanto, culminava na submissão destes e em sua alienação do processo emancipatório e de autonomia do sujeito. Nesse sentido:

> Os oprimidos, contudo, acomodados e adaptados, "imersos" na própria engrenagem da estrutura dominadora, temem a liberdade, enquanto não se sentem capazes de correr o risco de assumi-la. E a temem, também, na medida em que lutar por ela significa uma ameaça, não só aos que usam para oprimir, com seus "proprietários" exclusivos, mas aos companheiros oprimidos que se assustam com maiores repressões(FREIRE, 1987, p. 19).

O termo, na acepção que se conhece hoje, somente passou a ser utilizado nos Estados Unidos e nos países europeus de forma mais vigorosa nos anos 80. No panorama da diversidade étnica norte-americana, o multiculturalismo apresenta-se como bandeira utilizada na afirmação das minorias raciais e na luta por uma política de igualdade de oportunidades, apresentando-se com um dos herdeiro dos movimentos étnicos dos anos 60 nos EUA.

> Nos Estados Unidos o multiculturalismo originou-se exatamente com uma questão educacional ou curricular. Os grupos culturais subordinados - ás mulheres, os negros, e os homossexuais – iniciaram uma forte crítica á aquilo que consideravam como o cânon literário, estético e científico do currículo universitário tradicional. Eles caracterizavam esse cânon como a expressão de privilégio da cultura branca, masculina, europeia, heterossexual. O cânon do currículo universitário fazia passar por "cultura comum" uma cultura bastante particular – a cultura do grupo

> culturalmente e socialmente dominante. Na perspectiva dos grupos culturais dominados, o currículo universitário deveria incluir uma amostra que fosse mais representativa das contribuições das diversas culturas subordinadas(SILVA, 2004, p. 89).

De sorte que, a pauta educacional norte-americana ensejou a construção de um sistema que objetivasse a proteção e fortalecimento de culturas minoritárias. O fenômeno, no entanto, se propagou e deu origem ao surgimento de diversos movimentos sociais em prol das minorias, na acepção de afirmação cultural e luta social que o termo multiculturalismo hoje apresenta.

2.2 Contornos conceituais

Teixeira Coelho (2004, p. 263), ao longo de sua obra aborda o termo *supra* apresentando dois verbetes conceituais acerca da expressão "multiculturalismo". Enquanto na primeira acepção "multiculturalismo", indica, mormente, um modo novo de interação entre os grupos étnicos e, *latu sensu*, entre culturas que divergem no que tange à orientação religiosa, questões de gênero, preferências sexuais, etc. Na segunda, o termo relaciona-se a um movimento social que objetiva a proteção das minorias.

A noção de multiculturalismo, contudo, *latu sensu*, pode ser vista por diferentes perspectivas. Há correntes que o definem como uma filosofia contra o racismo. Outras, no entanto, como *modusoperandi*para a concretização de reformas educacionais. Existem correntes, ainda, que o atrelam aos direitos das minorias. Conforme aduz:

> é possível identificar quatro possíveis tendências de multiculturalismo: o multiculturalismo conservador, o multiculturalismo humanista liberal, o multiculturalismo liberal de esquerda e o multiculturalismo crítico e de resistência ou multiculturalismo revolucionário. (MCLAREN, 1997, p. 311)

CANOAS-RS

Enquanto o multiculturalismo conservador encontra-se pautado pela defesa da construção de uma cultura que tenha contornos de unidade e que estimule o a assimilação da cultura dita tradicional pelos grupos minoritários, de sorte que seja considerado um mecanismo de integração. O multiculturalismo humanista liberal, por sua vez, parte do pressuposto da igualdade entre os seres humanos, ao difundir que não há superioridade entre uma cultura e outra, propondo a convivência harmônica dentre todas e a manifestação, por cada uma delas, de sua diferença.

O multiculturalismo liberal de esquerda foca no *modus operandi* do poder ao salientar as diferenças culturais ensejadas por questões étnicas, econômicas, visto que, para a referida corrente, o discurso de pretensa igualdade funciona como um mecanismo de atenuação das diferenças culturais existentes.

Por fim, o multiculturalismo crítico, encontra-se atrelado à política das diferenças e à afirmação e luta dos movimentos sociais buscando assegurar a identidade cultural de cada povo. Sob essa análise, o multiculturalismo crítico emerge como fundamento utilizado por muitas políticas sociais de reconhecimento dos grupos minoritários.

Embora o recorte epistemológico da presente obra não se atenha ao aprofundamento das diferentes vertentes multiculturalistas, apresenta-se relevante elencar a importância do multiculturalismo na defesa da autonomia cultural e dos, consequentes, movimentos sociais para a libertação dos grupos oprimidos. Acerca da temática, elenca:

> esses grupos não são capazes, muitas vezes, por si só de libertar-se, pois, enquanto tocados pelo medo da liberdade, se negam a apelar a outros e a escutar o apelo que se

> lhes faça ou que tenham feito a si mesmos, preferindo a gregarização à convivência autêntica. (FREIRE, 1991, p.19)

De sorte que, em busca da afirmação da pluralidade cultural no contexto globalizatório, por meio da superação da opressão imputada a certos grupos étnicos, culturais ou religiosos, o multiculturalismo crítico, por meio de seus movimentos emancipatórios através da desconstrução de um paradigma de hegemonia e uniformidade global,enseja conquistas e reivindicações, que objetivem cessar com as diversas formas de opressão, dominação e exclusão.

2.3 Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos

Para além de uma maior verticalização da doutrina dos Direitos Humanos, é imperioso ressaltar apenas sua subdivisão interior. Estes, portanto, podem ser divididos em direitos condicionais, qual seja, aqueles de relevância *sine qua non* para a manutenção de um estilo de vida pacífico e pautado pela não-violência, e programáticos, com a previsão de pressupostos necessários para a concretude da chamada qualidade de vida.

> Como exemplos do primeiro, pode-se citar o direito à vida, à incolumidade física e à segurança básica. Expressões do denominados direitos humanos programáticos seriam: o direito à liberdade e à igualdade políticas, à democracia e autodeterminação política, ao Estado de direito e constitucionalismo, a um abastecimento básico suficiente, do ponto de vista da ética cidadã, e a uma condição assegurada de membro numa república mundial. (KERSTING, 2003, p.95-96)

No panorama histórico-evolutivo dos direitos humanos, visualiza-se a concretude dos direitos humanos advinda de um processo ocidental de revoluções liberais-burguesas características do século XVIII e propagadoras dos direitos individuais e de liberdade. Seria forçoso, contudo, o não reconhecimento da relevância do referido cenário para a evolução dos direitos ora em análise. A luta por autonomia do sujeito e o combate às discricionariedade dos governantes foram essenciais para o surgimento dos direitos humanos.

> O Estado moderno e seu direito foram criados para um determinado sistema econômico ou modo de produção, a liberdade, segurança e igualdade propugnadas pela Constituição francesa tinha paradigmas claros que garantiam, em última instância, os direitos individuais e, ainda mais precisamente, o direito individual de propriedade. (SANTOS, 2002, p. 313-314).

O que se questiona, porém, é seu caráter de abstração e sua fonte de legitimação ter se construído face ao poder estatal. Conforme elenca Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 7-8), existem sérios limites à concepção moderna dos direitos humanos. Incialmente, o autor luso argumenta acercada circunscrição dos direitos humanos ao direito estatal, o que culminou em uma limitação de sua capacidade de concretude democrática. O segundo, por sua vez, traduz-se na ênfase dada a promulgação positiva de direitos, com a consequente negligência de na busca pela concretude e efetividade dos referidos direitos, abrindo uma "distância entre os cidadãos e o Direito". A última fase, portanto, possui características próprias de enfrentamento do momento histórico contemporâneo centrado na ordem neoliberal internacional e na globalização. Pauta-se, enfim, por uma redefinição multicultural de Direitos Humanos, que almeje o combate da natureza individualista, estatal e formalista dos direitos humanos postos atualmente.

De sorte que, é necessária uma redefinição e consequenteconsolidação da afirmação de direitos humanos pautados por perspectiva de integridade e multiculturalidade. Os direitos humanos, portanto,

devem ser concebidos como novas concepções de cidadania, pautados pelo "reconhecimento da diferença e na criação de políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, a redistribuição de recursos e a inclusão", como assevera Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 105-124).Para tanto:

> se, tradicionalmente, a agenda de Direitos Humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos [...], testemunha-se, atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar no novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais [...] (PIOVESAN, 2004, p. 29).

De modo que, na presente contemporaneidade político-institucional, os direitos humanos abrangem não somente os direito de liberdade e individuais próprios da tradição liberal-burguesa, como também os direitos culturais, econômicos e sociais. Portanto, é notória a contribuição do debate acerca do direito das minorias étnicas para o fortalecimento do multiculturalismo como pilar do processo democrático e deevolução dos direitos humanos.

Desta feita, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ao deter em seu bojo previsão acerca da defesa do indivíduo a participar ativamente da vida cultural em seu artigo 15, alínea a, galga degraus importantes, ao incluir neste rol os direitos coletivos das minorias e dos grupos étnicos, pois consoante ao pacto, "os direitos individuais à cultura não podem ser exercidos efetivamente se não se reconhecem ao mesmo tempo os direitos da coletividade cultural"(STAVENHAGEN, 1998, p. 105).

Assim, para Stavenhagen (1998, p. 105), há de se sustentar que a luta pelos direitos humanos passa a ser tarefa que propõe o reconhecimento das identidades grupais das minorias, tradicionalmente postas à margem da sociedade. Imergindo, ainda, no surgimento de uma interpretação intercultural dos direitos humanos, que preze pela suplantação do modelo individualista, monocultural e positivista dos referidos direitos. É o que se aduz a seguir:

> um novo ecumenismo de lutas contra-hegemônicas, emancipatórias, em que grupos sociais, movimentos de base, partindo de pressupostos culturais diferentes – islâmicos, hindus, católicos, protestantes – estão tentando encontrar formas de dialogar sobre, ou sob todas as diferenças culturais que os dividem (SANTOS, 1997, p. 105-124).

De certo que, resta claro a imprescindibilidade da condução do paradigma individualista para o multicultural dos direitos humanos, através do reconhecimento, autonomia e emancipação dos grupos étnicos minoritários. Desse modo, a concepção hegemônica e universalista, que oprime povos e culturas, poderá ceder lugar ao plano multipolar de convivência entre as sociedades.

2.3.1 A fronteira entre multiculturalismo e relativismo cultural nos Direitos Humanos

É necessário, pois, adentrar na questão sempre alvo de controvérsias e, por muitas vezes, utilizada como instrumento para argumentação daqueles que não reconhecem a legitimidade do multiculturalismo. Apesar das dificuldades para sanar todos os questionamentos acerca da temática, é imperioso que se perpasse, mesmo que de ligeiro feitio, pela delimitação conceitual entre relativismo cultural e multiculturalismo.

Para o relativismo, os sistemas morais possuem em seu âmbito um conceito de validade relativa, em que não há a possibilidade de reivindicação de uma validade universal, invariável e perene em todas as culturas. (KERSTING, 2003, p. 95-96) De modo que, há um panorama cultural, consoante ao entendimentos dos relativistas, que não consegue ser rompido por um uma moral transcendental. É o que se verifica a seguir:

> A moral sempre só existe numa forma particular; as pessoas que são membros de uma comunidade moral, que formam sua identidade individual e cultural no horizonte de convicções partilhadas acerca de valores, obviamente consideram a moral vigente como um sistema de valores que é objetivamente vinculante e sobrepuja interesses conflitantes. Mas os limites de validade dessa moral terminam nas fronteiras da área de influência cultural que expressa sua peculiaridade nesse sistema moral (KERSTING, 2003, p.82).

Na concepção relativista, todo e qualquer conceito encontra-se semanticamente interligado à singularidade do contexto cultural local, mesmo aqueles mais amplos possuem uma conotação cultural e são, por isso, inadequados para um conjunto de regras em que a pretensão de validade não varie de acordo com a respectiva cultura. (KERSTING, 2003, p. 83)De certo que, não há como se falar em uma argumentação fundamentadora que seja hábil para transcender e se sobrepor aos sistemas de moral de cada cultura.

Para Kersting, ainda, a pretensão universalista como característica dos direitos humanos não pode ser considerada de modo *latu sensu.* Isto porque, para o universalismo, é necessária a presença de uma linguagem normativa comum, que possa ser utilizada como base para uma prática de justificação, que seja aceitável para todos e que tenha a prerrogativa de ligar uma cadeia de legitimação que seja igualmente vinculante para todos. (CRUZ, 2005, p. 9) De sorte que, a referida imposição de um padrão moral único a todos culmina, certamente, no colonialismo.

O conceito de direitos humanos válido, segundo o entendimento de Kersting (2003, p. 98), no que tange à fundamentação teórica, resistente ao relativismo. Isto porque, em um contexto multiculturalista, pode -se reconheceruma "argumentação que atribua ao conceito de direitos humanos um significado independente de toda coloração cultural e nãocarente de hermenêutica cultural".

Ainda consoante ao autor *supra* (2003, p. 99), a prática dos direitos humanos programáticos detém um teor de maior complexidade do que as dos direitos humanos condicionais, o qual trata de questões essenciais à sobrevivência da vida humana.

> Qualquer que seja o contexto cultural específico que determine a ética de condução de vida dos seres humanos e a produção coletiva de sentido vinculante para eles, independentemente disso deve-se afirmar que pressupostos fundamentais precisam se cumpridos para que as pessoas possam levar, dentro de tais contextos, uma vida suportável, que lhes proporcione sentido(KERSTING, 2003, p. 99).

Nesse esteio, emerge a questão central. Como se pode conciliar a necessidade de um conteúdo mínimo aos direitos humanos de modo a serem respeitadas as diferenças culturais? Para Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 458) é papel da hermenêutica diatópica a transformação dos direitos humanos em uma política multicultural que permita e integração das diversas línguas em um rede inteligível a todas estas.

> O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.

Por fim, conforme explanado anteriormente, o multiculturalismo não pode confundir-se com o total relativismo dos direitos humanos.

Nos parece, portanto, que a tênue linha que separa o relativismo cultural do multiculturalismo analisado sob a ótica do pesquisador Boaventura de Sousa Santos, diz respeito a necessidade de

construção dialógica entre as culturas, partindo da premissa de igual respaldo e autonomia entre as culturas, existindo ainda, entre estas uma fundamentação em seu cerne que confira proteção aos direitos humanos.

3 PROJETOS DE PAZ UNIVERSAL AO LONGO DOS SÉCULOS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E APROPOSIÇÃO DE UM NOVO PROJETO INTERNACIONAL

É, portanto, no contexto de unificação tecnológica, travado pelo processo de globalização e interconectividade que emerge a necessidade da construção de uma nova dinâmica internacional multiaxial, com o fortalecimentos dos atores sociais periféricos, por meio da afirmação das diversas culturas planetárias e do recrudescimento do diálogo e respeito entre os povos.

3.1 Delimitação conceitual

Sabe-se que, o estudo da paz possui como características sua multidisciplinariedade e complexidade. De modo que, encontra-se no escopo do texto a listagem de alguns conceitos relevantes. Alguns teóricos europeus formularam, ainda, no bojo da Idade Média, conceitos concernentes à paz. Elenca-se as formulações propostas pelo abade de *Saint-Pierre*, por *Immanuel Kant* e por *Saint Simon*(SALATINI, 2009, 143), em que ambos objetivavam a construção de uma conjuntura internacional que inviabilizasse a eclosão e proliferação de guerras.

Assim, afirma-se que a filosofia da paz nasceu ao largo do século XVIII, por meio da instituição de um projeto de *Charles FrenéCastel* (o abade de *Saint-Pierre*)para tornar a paz perpétua no continente europeu. Para o abade, deveria se construir uma aliança de caráter perpétuo entre os Estados soberanos, que estariamcoobrigados por um tratado internacional e submissos ao juízo dos os outros Estados soberanos reunidos em assembleia permanente(BOBBIO,MATTEUCCI, PASQUIM, 2000, p. 875).

O abade, portanto, torna-se pioneiroao propor a paz como uma meta política, através de um consenso entre os Estados soberanos em âmbito internacional (SALATINI, 2009, p. 145). *Saint-Pierre*, no entanto,propunha que a moral religiosa cristã seria o motor propulsor da humanidade na busca por uma paz fraternal.

Nesse contexto, emerge o primeiro notável filósofo da paz, o primeiro a afastar-se de valores religiosos. A análise político-filosófica proposta por *Immanuel Kant*, em sua obra intitulada *Projeto para a paz perpétua,*inova ao atrelar à paz uma fundamentação jurídica, desvinculando-a do voluntarismo da fraternidade moral do abade *Saint-Pierre*e atrelando-o à um direito.

Ao projeto kantiano (2004, p. 151) de paz perpétua, adiciona-se, ainda, o corolário de umaevolução da natureza humana por meio de uma filosofia progressista iniciada pelo estado de natureza (aquela na qual se desenvolvem as relações privadas entre os indivíduos) perpassando a sociedade civil (em que se desenlaçam as relações entre o Estado e os indivíduos); a sociedade civil internacional (na qual se delineiam as relações recíprocas entre os Estados); e, ao final, à sociedade cosmopolita (aquela que diz respeito às relações entre o Estado e os indivíduos estrangeiros). (SALATINI, 2009, p. 146) Nesse esteio, preleciona o autor, *ipsis litteris*:

> Se existe um dever e ao mesmo tempo uma esperança fundada de tornar efetivo o estado de um direito público, ainda que apenas numa aproximação que progride até ao infinito, então a paz perpétua, que se segue aos até agora falsamente chamados tratados de paz (na realidade, armistícios), não é uma ideia vazia, mas uma tarefa que, pouco a pouco resolvida, se aproxima constantemente do seu fim (porque é de esperar que os tempos em que se produzem iguais progressos se tornem cada vez mais curtos) (KANT, 2004, p. 171).

Para Johan Galtung (1996), a terminologia paz possui duas acepções, um de conotação negativa e outra positiva. A paz negativa denotaria ausência da guerra, de modo a não comtemplar em seu escopo exclusão da violência estrutural da sociedade. A paz positiva, por seu turno, traz uma previsão *lato sensu,* ao ensejar a fraternidade,autonomia e interdependência dos povos, não se resumindo apenas à uma previsão de período de guerra,e sim objetivando o diálogo, respeito mútuo e comunhão do espaço social internacional.

Para Norberto Bobbio (2000, p. 511), "o homem começou a refletir sobre a paz partindo do estado de guerra". De sorte que, a perspectiva supra de propor a paz como um "progresso civil" elaborado face à evolução das estruturas da sociedade internacional, prescinde o fortalecimento dos direitos humanos. Para o referido pensador, a paz vincula-se à democracia, na medida em que apenas esta pode funcionar como elemento fomentador da paz, quer seja na sociedade, quer no panorama do relacionamento interestatal no plano internacional. De forma que,"o futuro da paz está estreitamente conectado com o futuro da democracia" (BOBBIO, 2009, p. 54).

3.2 *PaxCulturae:*uma nova proposição de prova internacional

É, portanto, no panorama da unificação e massificação social viabilizada por meio da tecnologia, do processo de globalização e da intercomunicabilidade que se delineiam os contornos de uma perspectiva de paz para o século XXI.

Hélio Jaguaribe (2008, p. 254), ao analisar o panorama social, politico e econômico do final do século XX, sustenta a insuficiência da proposta kantiana de fins do século XVIII para a nova ordem sócio econômica. O contexto político pós-segunda guerra mundial de emersão de potências hegemônicas no cenário global, como no caso dos Estados Unidos, contribuiu para a formação de um eixo político bipolar, que culminou em um extenso e profundo processo de colonização econômica, cultural e social. Os demais atores internacionais padeceram às sombras das grandes potências nesse processo, e por vezes, tornaram-se signatários de uma ordem internacional promotora da paz que os cerceia e os subjuga ao poderio do eixo economicamente superior.

De certo que, para a construção de uma ordem mundial racional e equitativa, necessita-se da desconstrução do paradigma da bipolaridade com o consequente estabelecimento da multipolaridade dos Estados no plano internacional.

> Uma consideração final se refere à *PaxUniversalis*. É a mesma entendida, por um lado, como a modalidade correspondente, nas condições de nosso tempo, ao que representava, nas condições do século XVIII, o conceito da Paz Perpétua, para Kant. Por outro lado, a ideia de *PaxUniversalis* abriga a constatação de que, nas condições de um mundo tecnologicamente globalizado, somente uma ordenação racional e equitativa do conjunto do mundo dispõe da possibilidade de lhe assegurar um equilíbrio estável, conveniente para todos e única alternativa para uma autoaniquilação do mundo (JAGUARIBE, 2008, p. 265).

Em que pese o projeto kantiano de Paz Perpétua ter assumido formas que o direcionam para a construção de uma *PaxUniversalis,* o que se tornou evidente ao longo das últimas décadas do século XX foi a constituição de uma *Pax Americana.* Nesse sentido:

> O que parece estar se consolidando é uma *Pax Americana* que, embora decorrente da hegemonia de uma potência tendencialmente benigna, conduz a uma forma organizatória do mundo não consensual, desapoiada pela maioria da população mundial e sem dúvida privada de satisfatório nível de racionalidade e de equitatividade. O século XXI se defrontará, assim, com o problema não apenas de evitar que se deflagre um conflito mundial suicida, mas com a inescapável

> necessidade de lograr, finalmente, instituir uma *PaxUniversalis* (JAGUARIBE, 2008, p. 254).

À luz da hodierna contemporaneidade político-institucional, no contexto sócio econômico da globalização e do capitalismo, busca-se, mais do que nunca, a construção de um projeto de paz efetivo. Não cabe mais ao panorama do século XXI a tradição kantiana, nem a institucionalização da paz liderada por potencias econômicas colonizadoras.

O que impera, portanto, ao longo deste século, é o projeto emancipatório e de autoafirmação cultural. A intrínseca relação entre os direitos humanos e a promoção da paz, se configura na medida em que os povos detém sua autonomia e cultura preservadas, respeitadas e valoradas como um patrimônio de toda a humanidade. É salutar ressaltar, ainda, que a conceituação da terminologia *PaxCulturae* pressupõe na necessidade da concessão de autonomia, respeito e poder a todas as comunidades do globo, de modo a instituir uma multipolaridade apartada de submissões à potências hegemônicas.

É nesse bojo, que emerge a imprescindibilidade da adoção de uma perspectiva multiculturalista, em que se reconhece a todos os seres humanos o direito à diferença, desde que essa não infrinja os princípios basilares da dignidade da pessoa humana, para o advento da paz universal promotora da diversidade cultural.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dizeres de Bobbio, (2009, p. 111) identifica-se o cerne central do estudo proposto: "se alguém me perguntar quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz."É nesse esteio que se desenvolve o presente estudo, ao propor o advento de um novo projeto de paz que respeite e promova o multiculturalismo dos direitos humanos.

É certo que a investigação *supra* não possuiu pretensões de esgotamento do tema, mas tão somente, de fomentar o diálogo e a reflexão crítica acerca das controvérsias dos direitos humanos e dos projetos de paz anteriores. Endosso, ainda, a consciência da ambição do incipiente projeto e, tenho grande estima, às contribuições que venham à aprimorá-lo.

O que se mostra pujante, no entanto, é a nova configuração internacional, como o reconhecimento intercultural para a perpetuação da espécie. Em um cenário de extremas diversidades culturais, religiosas, sociológicas, é necessário que se construa uma nova ordem propícia ao diálogo em todas as suas instâncias, seja ele sujeito-sujeito, sujeito-Estado, e entre Estados. Para tanto, e possuindo com fundamento axial a presença de direitos basilares mínimos que devem ser concedidos a todos os seres do mundo, parte-se para a necessidade de conceder voz a todos os atores sociais. Prescinde o reconhecimento e a afirmação de todas as culturas para que possa se estabelecer um diálogo promotor do entendimento. O que pontua a necessidade de fortalecimento da identidade, alteridade e reconhecimento de todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na Pós Modernidade. São Paulo: Perspectiva. 2005.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Direitos Humanos no Mundo Muçulmano: condições sociopolíticas e imperativos bíblicos. In: The Philosophy of Human Rights. HAYDEN, Patrick (Coord.). St. Paul: Paragon House, 2001.36 Idem, p.26

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. O Terceiro Ausente – Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra. São Paulo: Manole, 2009.

_____. O problema da guerra e as vias da paz. São Paulo: UNESP, 2003

_____. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000a.

CLARK, Grahame. A identidade do homem. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,1985.

CANOTILHO, J.J. Gomes (Coord). Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias. Celta. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos, Editora Saraiva, 8ª Ed. 2013.

CHAUMONT, Charles. A ONU, Oeiras: Margens (edição original de Paris: Presses Universitaires de France). 1992.

CRUZ, André Viana da. Multiculturalismo e Direitos Humanos.Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 43, 2005.

DA COSTA, Nálbia Roberta Araújo. Para a paz perpétua: de Kant a Bobbio. v. 58, p. 373, 2013.

DUARTE, Vera. Construindo a Utopia, Temas e Conferências sobre Direitos Humanos. Praia: Tipografia Santos, 2007.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis. RJ: Editora Vozes, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sánchez (Org.). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

HAYDEN, Patrick. The Philosophy of Human Rights. St. Paul: Paragon House, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Identidades nacionales y postnacionales. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: BONI, Luís A. de. STEIN, Ernildo. (Org.). Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes; Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993.

_____. La lógica de las ciencias sociales. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. Tradução de Shierry Weber Nicholsen. In: TAYLOR, Charles.

UNILASALLE CANOAS-RS

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Los derechos humanos como productos culturales. Madrid: Catarata, 2005

IANNI, Octávio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. In: A sociologia entre a modernidade e a contemporaneidade. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1995.

_____. A sociedade global. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). Reconhecer para libertar. S/l.: S/d.

GALTUNG, J. Peace by peaceful means. London, Sage, 1995.

JAGUARIBE, Hélio. Brasil, mundo e homem na atualidade : estudos diversos. Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. 936 p.

KANT, Immanuel. Para a paz perpétua – Estudo introdutório / Joám Evans Pim. – Tradução / Bárbara Kristensen.– Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

_____.A paz perpétua e outros opúsculos, trad. A. Mourão, Lisboa, Eds. 70, 2004.

KERSTING, Wolfgang. Universalismo e Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

McLAREN, Peter. Multiculturalismo crítico. São Paulo: Cortez Editora, 1997. MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: Repensando la ciudadanía.

MIGON, E. X. F. Guerra & Paz: síntese da contribuição de Grotius e Bobbio. Coleção Meira Mattos, revista das ciências militares, Rio de Janeiro, v. 2, n. 26, 2º quadrimestre, ECEME, 2012.

MOREIRA, Vital. A Carta [de Direitos Fundamentais da UE] e a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos, in: AAVV, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Série: Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 2. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 89-99.2001.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Direitos Humanos e Justiça Internacional, Editora Saraiva, 3ª Ed. Piovesan, 2012.

_____.Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil.Disponível em: http://www.internationaljusticeprojec.

SALATINI, Rafael. O Tema da Paz Perpétua. In: Brazilian Journal of International Relations, Marília, v.02, n.01, p.141-158, Jan./Abr. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. I: A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência.4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

UNILASALLE CANOAS-RS

_____. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural. Vol. III: Reinventar a Emancipação Social: para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.PAULI, Maria Célia (Orgs.). Os sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemoniaglobal. Rio de Janeiro: Vozes Editora, 1999.

_____.Os direitos humanos na pós-modernidade. In: Direito e sociedade. Coimbra, no 4, mar. 1989.

_____. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. Revista Lua Nova. São Paulo:Cedec. no 39, l997, p. 105-124.

_____. (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Mana, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru/SP: EDUSC, 1999.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos humanos y ciudadanía multicultural: los pueblos indígenas. In:

DÍAZ, Emma Martín; SIERRA, Sebastián de la Obra (Ed.). Repensando la ciudadanía. Sevilla: El Monte, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A PERSPECTIVA GARANTISTA ASSUMIDA PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CADÁVER INSEPULTO DA CULTURA TUTELAR

Ana Claudia Cifali[1]

RESUMO: No Brasil, no período que antecedeu a transição do regime autoritário para a legalidade democrática, diversos movimentos em prol dos direitos das crianças e adolescentes se uniram com a finalidade de demandar a alteração da legislação e das práticas vigentes no país no tocante a essa parcela da população. Uma das principais conquistas de tal movimento foi a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Porém, é possível perceber a permanência da racionalidade advinda da antiga legislação, de matiz tutelar e repressiva, no sistema de justiça juvenil. Além disso, verifica-se que as antigas práticas, atualmente, acabaram por mesclar-se, especialmente, à racionalidade punitiva advinda da gestão do risco e do controle penal contemporâneo, motivo pelo qual, no presente trabalho, pretende-se verificar as transformações e permanências nas práticas envolvendo adolescentes acusados do cometimento de atos infracionais no sistema de justiça juvenil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Estatuto da Criança e do Adolescente; Código de Menores; Ato Infracional; Controle Social.

1 INTRODUÇÃO

Nos anos 80, um amplo movimento foi realizado com a finalidade de garantir os direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Nesse contexto, diversos movimentos se uniram para demandar maior atenção à população infanto-juvenil brasileira. Com a redemocratização do país, em um momento marcado por demandas sociais, o movimento por uma infância e juventude permeada por direitos começou a ganhar força. A partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, um grupo de trabalho foi designado para sintetizar, em forma de dispositivo legal, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, momento em que é criado o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar aos jovens os direitos 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, consolidando, assim, a Doutrina da Proteção Integral, em oposição à Doutrina da Situação Irregular, adotada pelos antigos Códigos de Menores. Tal dispositivo legalé considerado a base para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois os integrantes do movimento pelos direitos das crianças e adolescentes, bem como aqueles que atuavam no sistema de justiça, entendiam que o antigo Código de Menores não era compatível com a nova situação legal consolidada na Constituição Federal, bem como já teciam críticas com relação ao funcionamento da justiça de menores desde a década anterior. Nesse momento, houve uma ampla articulação e mobilização nacional para a construção daquilo que viria a se tornar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isso porque, o antigo Código de Menores, de 1979, assumia uma perspectiva correcional, tutelar e repressiva, levando em consideração as características do jovem e seu contexto social para determinar seu recolhimento junto às instituições estatais. Com a edição do ECA, crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, não mais como objeto da intervenção estatal, como anteriormente, o que significou uma grande ruptura, ao menos no plano formal, com relação ao *status quo* anterior. A

1 Mestre em Cultura de Paz, Conflitos, Educação e Direitos Humanos pela Universidad de Granada, Mestre e doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, anaclaudiacifali@gmail.com

legislação incorporou uma série de garantias processuais nos processos de apuração de ato infracional, determinando a proteção de direitos individuais, entre eles o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, e a brevidade e excepcionalidade das medidas socioeducativas de internação, apostando, assim, no meio aberto como principal caminho para a socioeducação.

Porém, no cotidiano da justiça juvenil, é possível observar a recorrente violação e relativização das garantias instituídas pelo ECA, motivo pelo qual se buscará analisar em que medida, na prática da justiça juvenil, o ECA foi efetivamente incorporado. Da mesma forma, pretende-se verificar as transformações e permanências nas práticas envolvendo adolescentes acusados do cometimento de atos infracionais no sistema de justiça juvenil. Com isso, busca-se analisar se as garantias adotadas pelo ECA são suficientes para fazer frente à cultura tutelar advinda dos Códigos de Menores.

2 DOS CÓDIGOS DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: AS PRÁTICAS COM RELAÇÃO AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI ONTEM E HOJE

Até o início do século XX, a preocupação com o controle social de jovens era mínimo. Àquela época, não existia uma clara distinção jurídica entre os menores de idade e os adultos, nem qualquer instituição especial destinada a essa parcela da população para o cumprimento de pena. Assim, crianças e adolescentes, quando apreendidos, eram colocados em casas de correção juntamente com aos adultos. Neste período, a preocupação prioritária condizente à infância era com relação aos jovens órfãos ou crianças em situação de abandono, especialmente através da atuação de instituições religiosas e de caridade (SARAIVA, 2005).

Na virada do século XIX para o XX, grupos de imigrantes chegavam ao país, inúmeros negros escravizados foram libertados e as principais cidades contavam com uma população em crescimento. Como ressaltado por Alvarez (2002, p. 693), “o antigo medo das elites diante dos escravos será [foi] substituído pela grande inquietação em face da presença da pobreza urbana nas principais metrópoles do país.”.Assim, para dar conta do novo “problema” as atenções estatais voltavam-se para os hábitos, costumes, modos de pensar e relações interpessoais da população. Adorno (1988) destaca que, nesse período, o papel dos redatores de jornais e acadêmicos foi de extrema importância para estabelecer a governança da população através da lei. Diversos assuntos relacionados à administração pública e à moralidade eram abordados de forma recorrente. Nesse momento, começam as reclamações por cidades limpas e livres de figuras que comprometessem o suposto avanço civilizatório da nação. Assim, vaticinavam: “não resta outra alternativa senão bani-los do cenário urbano, mediante uma ação higienizadora eficaz.”(ADORNO, 1988, p. 185).

A medicina social ganha espaço no cenário brasileiro, mostrando-se ao Estado como fundamento de uma política social racional e orientada tecnicamente. Além da higiene através de programas de saúde, a medicina social também prescrevia hábitos considerados civilizados e prometia combater a desordem, relacionando-a com a enfermidade. Em seu trabalho, Rauter (2003) busca analisar a constituição histórica da criminologia no Brasil, assim como a história das transformações dos dispositivos de poder que o saber criminológico foi capaz de instrumentar. A autora aponta que a criminologia era excessivamente vinculada ao Estado e a seus interesses e, compreendida enquanto parte das estratégias de poder, juntamente com outras ciências (psicologia, psiquiatria, etc.), a criminologia surge “como ponto de apoio para novas técnicas de gestão das massas humanas, capazes de controlá-las” (RAUTER, 2003, p. 16). Dessa forma, a constituição histórica da criminologia relaciona-se à implementação de novas estratégias de controle social e repressão na sociedade brasileira,tendo o judiciário brasileiro incorporado, com a expansão do discurso criminológico, o que Rauter (2003, p. 19) chama de “tecnologia penal normalizadora”.Ainda, de acordo com a autora, “a coexistência, no Brasil,

de uma legislação liberal, com dispositivos autoritários que são como seu pano de fundo, tem sido uma constante no direito brasileiro"(RAUTER, 2003, p. 22).

Com o Código Penal de 1890, o modelo liberal é questionado pelos juristas, que sustentavam a inadequação da legislação à realidade brasileira, considerada ineficaz para enfrentar o crime. Porém, a discussão não se dava mais apenas no plano político, a crítica passou a ser articulada a partir da considerada neutra observação da natureza humana pela nova ciência criminológica. A crítica residia no fato de que os antigos juristas não tinham o conhecimento técnico e a neutralidade dos métodos científicos para conhecer a condição de anormalidade dos criminosos (RAUTER, 2003).

Ainda, Rauter (2003) aponta que a criminologia inaugurou a noção de que as penas devem ser úteis, eficazes, pensamento base do ideal ressocializador e dogerencialismo contemporâneo. Por tais motivos, justificava-se a necessidade de leis especiais para pessoas especiais. Além disso, o direito penal deveria atentar para as condições psico-sociológicas daquele que cometia delitos. Nesse sentido, as considerações sobre os modos de correçãode uma suposta anormalidade ganharam cada vez mais espaço, tanto no que tange às formas de punição adequadas às características da personalidade do sujeito, quanto a maneiras de defender a sociedade contra os novos inimigos anormais e indesejáveis.

Os juristas da escola positivista, com forteinfluência das ideias de Lombroso, o qual, por sua vez, considerava que toda a criança já trazia consigo o germe da loucura moral e da delinquência,realizaram grandes esforços para impulsionar reformas que aumentassem a intervenção estatal na sociedade, ampliando os instrumentos de controle sobre "aqueles que não se enquadravam plenamente na nova ordem contratual e que necessitariam de um tratamento jurídico diferenciado (...)"(ALVAREZ, 2002, p. 696), como as mulheres, os menores e as pessoas com questões de saúde mental. Dessa forma, deu-se início a uma classificação da população, ao seu estudo e aodesenvolvimento de tecnologias próprias para governar cada um dos segmentos. Essas preocupações e discussões irão culminar, no que interessa a este trabalho, no Código de Menores de 1927.

O início do século XX também foi marcado por uma série de movimentos internacionais que lutavampelo o reconhecimento da condição distinta da criança e do adolescente com relação ao mundo adulto. O fato de jovens serem mantidos junto com os adultos em instituições corretivas também foi um fator que influenciou a percepção da necessidade de se pensar regras e criar locais separados para os jovens. Muitas vezes, os abusos que as crianças sofriam nas mãos dos adultos nas casas de correção eram divulgados ecausavam uma grande comoção social.Além disso, surgiam demandas com relação às crianças e adolescentes em diversos âmbitos, desde a proteção contra maus tratos dentro da própria família (a partir do Caso Marie Anne, 1896) até as denúncias de exploração do trabalho infantil. Ou seja, a preocupação com as questões relativas à infância adquiria grande dimensão política (SARAIVA, 2005; OLIVEIRA, 2005).

Ao redor do mundo, começaram a surgir os Tribunais de Menores, na Inglaterra em 1905, na Alemanha em 1908, em Portugal e na Hungria em 1911, na França em 1912, na Argentina em 1921, no Japão em 1922 e no Brasil em 1923, no Rio de Janeiro. Paralelamente, foi sendo desenvolvida a Doutrina do Direito do Menor, fundada, basicamente, no binômio carência/delinquência, que, por sua vez, trazia consigo a consequente criminalização da pobreza (SARAIVA, 2005).

Outros dois episódios foram fundamentais para a afirmação do direito das crianças e adolescentes, no início do século XX. O primeiro foi a realização do Congresso Internacional de Menores em Paris no ano de 1911. Entre as pauta do Congresso, estava a indagação sobre a necessidade de uma jurisdição especial para os jovens, o debate sobre os princípios e diretrizes sobre os quais deveriam se basear os tribunais especializados esobre a atuação das instituições de caridade nesse contexto. No evento, participaram juristas que influenciaram diretamente a criação dos juízos de menores pela Europa e na América Latina, assentando os princípios do novo direito. O segundo marco relevante foi a Declaração de Gênova de Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações em 1924,

constituindo-se no primeiro instrumento internacional a reconhecer a ideia de um direito da criança (SARAIVA, 2005).

A partir da critica à pratica de julgar e encarcerar menores e adultos da mesma maneira e nos mesmos locais, criticando também a formalidade e a inflexibilidade da lei penal, que obrigava a respeitar determinados princípios, como a legalidade, a política indicada era a supressão de garantias e a alteração das funções do juiz, com a finalidade de alcançar a proteção/repressão considerada adequada aos jovens. O caráter tutelar foi o resultado destas modificações e, assim, lançados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular. No lugar das garantias, surgia a figura de um juiz com amplos poderes decisórios, considerando que a justiça de menores deveria possuir um caráter familiar, e que o juiz de menores deveria ser como um pai (SARAIVA, 2005).

Foi no contexto do inicio do século XX, marcado pelo surgimento dos grandes aglomerados urbanos, da preocupação com o crescimento da delinquência juvenil, com ideias baseadas na perspectiva de higienização e assistência social, bem como a partir das premissas dos Congressos Internacionais, foram sendo estabelecidos os fundamentos da legislação especializada para crianças e adolescentes no Brasil, com o abandono do chamado caráter penal indiferenciado e a adoção de uma perspectiva tutelar (PIPA, 2014).

Em 1921, através da Lei 4242, o Brasil abandona o sistema biopsicológico (critério de discernimento) para a imputação penal, determinando a exclusão de qualquer processo penal de menores de 14 anos, adotando critério objetivo de imputabilidade penal. Em 1923, através do Decreto 16.272, foram criadas as primeiras normas de assistência social visando "proteger os menores abandonados e delinquentes" (Brasil, Decreto 16.272, 1923).Nesse período, a sociedade brasileira começa a prestar mais atenção para a questão dos jovens. De acordo com Rizzini (2007, p. 43):

> O interesse pela infância caracterizada como abandonada e delinquente refletia a preocupação existente com o futuro do país. São inúmeras as referências encontradas na literatura sobre 'a magna causa da infância' e sobre a 'cruzada pela infância'. Afirmava-se que 'salvar a criança era salvar o país'. Ela era, portanto, vista como 'chave para o futuro' da nação.

A primeira legislação específica para os jovens no Brasil, o Código de Menores de 1927, reconhecia como objetivos principais a proteção e a assistência, conforme disposto no artigo 1° de tal diploma legal. Por um lado, foram criados dispositivos inovadores na área da infância, estabelecendo a proibição do trabalho dos menores de doze anos, bem como a proibição do trabalho infantil noturno. Por outro lado, através do Código de Menores foram criados diversos artefatos legais para o controle social de crianças e adolescentes, sendo claramente voltado para a gestão daqueles em situação de vulnerabilidade, estabelecendo, assim, um tratamento jurídico-penal especial para crianças e adolescentes considerados potencialmente perigosos, destinando a eles medidas de viés normalizador e moralizante.Assim, enquanto por um lado havia o discurso de proteção da infância, por outro, os discursos higienistas influenciados pelas correntes positivistas continuavam operando para indicar a juventude pobre como um problema social que requeria tratamento e prevenção (PIPA, 2014; OLIVEIRA, 2005).

O Código previa que a autoridade competente deveria informar-se a respeito do estado psíquico, mental e moral do jovem, além da situação social, moral e econômica dos pais, tutores ou pessoas incumbidas de sua guarda. A legislação abarcava o jovem abandonado, o pervertido ou em perigo de tornar-se pervertido, que poderiam ser internados nas chamadas escolas de reforma. Ou seja, não havia uma diferenciação clara no tratamento daqueles jovens que eram acusados de haver cometido atos contrários à lei e aqueles em situação de abandono. Além disso, nos casos envolvendo infrações penais, ainda que o jovem fosse absolvido, poderia ser encaminhado a uma instituição ou ser submetido à liberdade vigiada(Brasil, Decreto 17.943-A, 1927).

Em meados da década de 30, a criação do Laboratório de Biologia Infantil, que subsidiava o judiciário nas decisões a respeito do destino dos jovens, consolidou a utilização das ciências médicas e do comportamento na tentativa de compreender o objeto da ação do juízo de menores: o "menor". Segundo Pilotti e Rizzini (1993), o laboratório realizava exames físicos, mentais e sociais, com o objetivo de investigar "as causas que levam a criança ao vício e ao crime, apurando a influência do meio e das taras hereditárias" (PILOTTI; RIZZINI, 1993, p. 86). De acordo com os autores, a atuação do laboratório foi consequência de uma ruptura na forma de se conceber as causas da delinquência e do abandono. De um domínio absoluto da causalidade moral, houve o crescimentoda importância das causas psíquicas, físicas, sociais e econômicas na explicação do desvio de comportamento dos jovens. Desta maneira, as causas morais, como os "maus costumes" e o "enfraquecimento da autoridade familiar", passam a existir em conjunto acausas como os "distúrbios físicos e psíquicos e a hereditariedade" (RIZZINI, 1993, p. 86). Ainda, os autores percebemuma diferença entre os diagnósticos realizados na década de 20 e os realizados ao final da década de 30, observando uma maior utilização de termos psiquiátricos e maior preocupação com a saúde mental. Este fato é compreensível em razãoda influência exercida pela criminologia e pela psiquiatria neste período, que passa a ser bastante divulgada com a criação da Liga Brasileira de Higiene Mental, em 1926 (PILOTTI; RIZZINI, 1993).

No julgamento dos jovens, a ação concreta praticada ficava em segundo plano. As condições sociais e econômicas eram o elemento principal para determinar a medida adequada e o tempo de duração do recolhimento do jovem. Desta forma, percebe-se que a tarefa do juiz de menores voltava-se para a avaliaçãosobre se aquele jovem estava vivendo em um contexto moralmente repreensível e se receberia a educação julgada adequada, em uma avaliação sobre o ambiente social em que a criança ou adolescente vivia. Além disso, os atos cometidos pelos adolescentes eram aptos a serem patologizados, demandando-se sua reforma e normalização. Os pais, assim como as crianças, eram repreendidos por viverem em condições miseráveis, isolando-se a criança em instituições estatais precárias sob o argumento de que era para o seu próprio bem. Privado de liberdade em uma instituição total, o jovem deveria ser recuperado, educado e preparado para exercer um ofício ao ser colocado em liberdade (PIPA, 2014).

Assim, vale ressaltar que a intenção do Código nãose concentrava apenas na repressão dos adolescentes, mas também na disciplina, a partir da perspectiva da ressocialização, da reabilitação, da assistência e também do que consideravam ser uma estratégia de prevenção (MOREIRA, 2011).O enfoque principal da Doutrina da Situação Irregular estava em legitimar uma atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Definindo-se o foco no menor em situação irregular, as deficiências das políticas sociais não eram consideradas, optando-se por soluções individuais, que primavampela institucionalização. Em nome desta compreensão determinista e individualizada, o magistrado aplicava a lei de menores transitando entre um discurso assistencialista/protecionista e uma necessidade de controle social (SARAIVA, 2005). Assim, construía-se legalmente a categoria "menor", como modo se referir, especialmente, à infância pobre e considerada potencialmente perigosa ou simplesmente indesejável. De acordo com Oliveira (2005), operava o binômio compaixão-repressão, que, a partir de técnicas de controle, produziam e reproduziam o etiquetamento e o estigma.

Neste interim, o Código Penal de 1940, em sua exposição de motivos, declarava quea legislação "não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declara-los inteira e irrestritamente fora do direito penal, sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial" (Brasil, Decreto 2.848, 1940). Logo em seguida, em 1942, foi criada a SAM (Serviço de Assistência aos Menores), órgão que atuava como um equivalente ao sistema penitenciário para a população menor de idade, tendo surgido diante do aumento da população juvenil institucionalizada. Tais instituições constituem o

embrião do que viria a se tornar a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) e as FEBEM (Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor) (Saraiva, 2005).

Tomando como base o período de 1923 a 1941 – da criação do Juizado de Menores à instituição do SAM (serviço de assistência aos menores), Rizzini (1993) analisa as concepções dicotômicas de "menor" e "criança", que se consolidaram na prática jurídica no referido período e perduraram até a edição do ECA. Por fim, conclui que a grande influência dos saberes científicos sobre a prática jurídica serviu para justificar a reforma da criança ou adolescente que se enquadrasse na categoria "menor", reforçando uma prática discriminadora e excludente – a reclusão de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade sem direito à defesa (Rizzini, 1993).

No contexto internacional, em 1948, foi promulgada a Declaração de Direitos Humanos e, 1959, a Declaração de Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU). Tais instrumentos foram decisivos para a consolidação de uma nova concepção jurídica de infância, que influenciou, ao final da década de 80, a formulação da Doutrina da Proteção Integral. Ainda que impregnada pela cultura tutelar, a legislação internacional deu início a um novo caminho, que iria retirar a criança de sua condição de objeto da norma para passar ànova condição de sujeito titular de direitos e obrigações próprias de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (SARAIVA, 2005).

Ao longo do tempo, o Código de Menores passou a ser alvo de diversas críticas, diante de todos os fatores expostos anteriormente. Porém, a ruptura institucional de 1964 obstaculizou os movimentos que requeriam mudanças na perspectiva adotada pela legislação menorista (OLIVEIRA, 2005). Através da Lei 4.513 de 1964, estabeleceu-se a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, criando-se, de acordo com Saraiva (2005, p. 47),"uma gestão centralizadora e vertical, baseada em padrões uniformes de atenção direta implementados por órgãos executores inteiramente uniformes em termos de conteúdo, método e gestão". O órgão nacional gestor dessa política passa a ser a FUNABEM e, no âmbito estadual,a FEBEM.

Em outubro de 1979, um novo Código de Menores foi aprovado, mas a legislação continuava sendo destinada aos jovens considerados em situação de vulnerabilidade, agora oficializada como situação irregular, abarcando tanto aqueles considerados infratores como aqueles em situação de vulnerabilidade econômica e social, colocando-os na condição de objetos da intervenção do sistema de justiça. **C**onsiderava-se em situação irregular as crianças e adolescentes: a) privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável ou da manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; b) vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsáveis; c) em perigo moral, devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes e em exploração em atividade contrária aos bons costumes; d) órfãos ou em situação de abandono; e) considerados com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; e, por fim, f) os considerados autores de infração penal (Brasil, Lei 6.697, 1979)

Em definitivo, as condições pessoais, familiares e sociais era o que determinava a situação da criança ou adolescente. Conforme destacado por Saraiva (2005), o novo Código de Menores incluía praticamente 70% da população infanto-juvenil brasileira, permitindo que mais tarde se afirmasse que quem estava em situação irregular era o Estado brasileiro. Ainda, o autor aponta que 80% dos jovens privados de liberdade não haviam cometido qualquer infração. Ou seja, situações atípicas, em que adultos dificilmente seriam condenados, para crianças e adolescentes, resultavam em privação de liberdade (SARAIVA, 2005).

Os juízes de menores seguiram imbuídos de amplos poderes, especialmente a partir da perspectiva de que o magistrado não deveriase ocupar apenas das questões tipicamente jurídicas, mas também deveria ser capaz de suprir as deficiências impostas pela ausência de políticas públicas adequadas. Entretanto, a medida adotada tanto para jovens considerados infratores como para vítimas ou "protegidos" será a privação de liberdade, sempre por tempo indeterminado. Enquanto os adultos

dispunham de garantias processuais, aos adolescentes era imposto um sistema que previa faculdades quase que ilimitadas para a intervenção estatal, com um amplo poder discricionário. O ato infracional cometido continua em segundo plano, dando-se ênfase ao contexto social, econômico e familiar do jovem (SARAIVA, 2005).

Corolário do caráter tutelar da norma, a lógica da inimputabilidade do adolescente permanecia centrada em sua suposta incapacidade de entendimento, percepção superada a partir da reforma penal de 1984 através da Lei 7.209. A opção pela manutenção da inimputabilidade penal aos 18 anos tratou-se de uma opção baseada em critérios de política criminal. Considerou-se que a criança e o adolescente eram seres em formação, ainda não socializados e instruídos, indicando que a educação deveria ser o caminho adotado para sua formação, e não a criminalização. Indicava-se que os jovens não deveriam ser submetidos ao tratamento dispendido aos adultos, em razão da possível contaminação por valores e condutas inapropriadas. Entretanto, ainda era indicado o afastamento do "jovem delinquente" do convívio social, que deveria ser confinado em instituições muito semelhantes às carceragens de adultos. Como referido, a diferença era que os adultos contavam com garantias processuais. E, mais uma vez,a aposta era na institucionalização (SARAIVA, 2005; PIPA, 2014).

Na década de 80, especialmente diante das lutas por democracia e demandas por direitos políticos e sociais, houve a reafirmação do papel de protagonismo dos movimentos sociais e o fortalecimento da sociedade civil, elementos que se relacionam intimamente com o processo geral de democratização (PILOTTI; RIZZINI, 1993). Neste momento, no debate acadêmico, a criminologia crítica reforça os argumentos no sentido de que as próprias agências estatais são responsáveis por produzir a estigmatização e a criminalidade. Assim, o foco de análise preferencial passa para os mecanismos de controle social, mais do que a conduta individual e o comportamento desviante (OLIVEIRA, 2005).

No âmbito internacional, foram aprovadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude, conhecidas como regras de Beijing (ONU, 1985), a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989)e as Diretrizes das Nações Unidades para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad (ONU, 1990). Nesse contexto, ganharam força os movimentos pela garantia de direitos das crianças e dos adolescentes e pela criação de uma nova legislação sobre o tema no Brasil, somando-se aos discursos e movimentos por democracia e direitos fundamentais da população adulta.

Já em 1988, a Constituição Federal introduziu a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento brasileiro, dando relevância a diversos direitos fundamentais como forma de consolidar um Estado Democrático de Direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado em 1990,fruto de intenso debate no âmbito nacional, que contou com a participação de diversos movimentos sociais, também adotou a Doutrina da Proteção Integral, em oposição à Doutrina da Situação Irregular, partindo da compreensão de que as normas jurídicas que tratam de crianças e adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, sujeitos à proteção prioritária, superando oparadigma da incapacidade, substituído pela compreensão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico, psicológico e moral e, também, de que gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Além disso, o discurso voltava-se à infância, sem qualquer tipo de discriminação por critérios econômicos ou sociais (OLIVEIRA, 2005; PIPA, 2014). De acordo com Oliveira (2005, p. 37), nesse processo de produção democrático-participativa do direito:

> As novas políticas sociais destinadas ao trato da infância demonstraram o vigor da sociedade brasileira, na perseguição dos ideais de democracia, numa verdadeira organização da sociedade civil. Poder Judiciário, Ministério Público, advogados, sociólogos, psicólogos, professores, médicos, pedagogos, somando esforços com as mais variadas entidades ligadas à causa de crianças e adolescentes,

> provocaram e fomentaram a discussão em torno do tema, justificando, no seio da sociedade, a necessidade de implementação desses direitos, via normatização.

Nessa seara, diferentemente do que era implementado pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979, tem-se hoje no Brasil uma legislação especial baseada nos Direitos Humanos, que busca responsabilizar e socioeducar os adolescentes protagonistas de atos infracionais, agora considerados enquanto sujeitos de direitos.Nesse contexto, vale ressaltar que em 2012, foi aprovado o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), através da lei 12.594, a qual esclarece como objetivos das medidas socioeducativas a responsabilização do adolescente quanto às consequências do ato praticado, a sua integração social e a desaprovação da conduta infracional. Além disso, a partir do ECA, foram elaboradas disposições distintas para jovens envolvidos em atos infracionais e jovens em situação de abandono.

Assim, depois de mais de 60 anos em vigor, a antiga concepção tutelar dos Códigos de Menores foram afastados do ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, o ECA buscou afastar a ação tutelar e colocar o foco na socioeducação e na responsabilização de adolescentes envolvidos em atos infracionais.A legislação incorporou uma série de garantias dos Direitos Penal e Constitucional, determinando a proteção de direitos individuais, entre eles a ampla defesa, o devido processo legal e o contraditório, bem como a brevidade e excepcionalidade das medidas privativas de liberdade.Nesse novo contexto, a figura do juiz de menores é afastada, impondo-se ao judiciário seu papel de julgador técnico com poderes limitados pelas garantias processuais, com a finalidade de limitar intervenções abusivas por parte do Estado (SARAIVA, 2005).

Logo após a edição do ECA, Adorno (1993, p. 110) já referia que: “A efetiva superação desse passado policialesco e repressivo dependerá da capacidade do complexo institucional existente incorporar transformações e mostrar-se sensível ao atendimento em meio aberto.”. O autor indica sua preocupação com relação à mudança de mentalidade que deveria ser promovida para que se tomassem os jovens como sujeitos de direitos (ADORNO, 1993). Como se verá adiante, tal preocupação não era infundada, tendo em vista as dificuldades em se transformar práticas e percepções condizentes com racionalidades autoritárias dos atores do sistema de justiça.Ainda, Saraiva (2005) destaca que o ECAtraz em seu bojo algumas concessões à velha doutrina menorista, as quais acabam por obstaculizar sua eficácia, haja vista o caráter genérico de muitas de suas disposições, que abrem espaço para a discricionariedade e o arbítrio.Nesse sentido, diversos trabalhos apontam críticas ao ECA e à sua aplicação, tendo em vista que diversos direitos dos adolescentes continuam sendo violados, desde sua abordagem pela polícia até à execução de medidas em meio aberto e fechado.

Na própria legislação, aponta-se que o ato infracional não é o ponto central a ser considerado no julgamento, abrindo espaço para avaliações sobre o contexto social, econômico e familiar dos jovens, remontando à velha Doutrina da Situação Irregular. Gisi (2015) aponta para o tempo indeterminado como forma de controle social dentro das unidades de internação, enquanto Oliveira (2005) e Barros (2015) apontam a inadequação do sistema recursal processual civil aos processos por ato infracional, destacando que diversas garantias processuais penais não são observadas. Por sua vez, Becker (2015) destaca a inconstitucionalidade da oitiva informal ministerial, como procedimento violador de princípios como a ampla defesa. Cornelius (2015) trata da imposição de medidas socioeducativas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, apontando a violação da presunção de inocência. Goldani (2015) avalia a influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais, identificando que o intervencionismo familiar ainda se faz presente. Além disso, Lugon (2015), Foscarini (2015) e Lazzarotto e Carvalho (2015) apontam para a medicalização excessiva de adolescentes em unidades de internação, destacando que a patologização segue sendo utilizada para justificar a privação de liberdade de adolescentes. Ainda, em pesquisa para a série “Pensando o Direito” (BRASIL, 2010) constatou-se que:

> (...) os dados coletados junto aos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça em matéria de medida socioeducativa de internação, e posteriormente, a observação de casos junto às Varas da Infância e Juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador, permitiram concluir que, apesar das propostas garantidoras do Estatuto, a prática forense nem sempre está com ela alinhada. Foi possível constatar que a medida de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal. Em muitos casos, sem a devida consideração dos requisitos legais exigidos pelo ECA.

Por tais motivos, em pesquisa que se encontra em sua fase inicial, pretende-se analisar se as garantias adotadas pelo ECA são suficientes para fazer frente à cultura tutelar advinda dos Códigos de Menores. Porém, antes de abordar algumas reflexões iniciais advindas da investigação preliminar, considera-se importante abordar o tema do controle do delito na contemporaneidade, com a finalidade de verificar as influências que as transformações operadas no controle penal de adultos exerceramnos processos envolvendo jovens acusados da prática de atos infracionais no sistema de justiça juvenil. Como hipótese, temos que à cultura tutelar e às práticas associadas a ela, como as avalições psiquiátricas, psicológicas e familiares, atualmente, mesclam-se racionalidades punitivas que se acentuaram, no Brasil, a partir dos anos 1990, tornando o julgamento deadolescentes muito mais próximo ao sistema penal, possibilitando a relativização de garantias e o foco na punição e na defesa social.

Assim, com relação às referidas mudanças relativas às estratégias de controle penal na contemporaneidade, Garland (2001) aponta para uma nova configuração do campo do controle do crime, marcado pelo caráter emocional e simbólico da política criminal. Na hipótese apresentada pelo autor, as mudanças em relação às interações sociais, econômicas e culturais a partir do final do século XX trouxeram consigo uma série de riscos e inseguranças que influenciaram diretamente as políticas de controle do crime. A partir de então, produziu-se uma mudança nos discursos e estratégias oficiais referentes ao campo do controle do crime, emergiram novas maneiras de pensar o crime e seus sujeitos e, consequentemente, novas práticas e mecanismos de controle não alinhadas ao correcionalismo. Entre algumas tendências que configuram essa maneira de lidar com o problema da criminalidade, destaca-se a preferência pela gestão do risco, a preponderância da finalidade retributiva e a opção pela segregação punitiva (GARLAND, 2001).

Ainda, Garland (2001) aponta para o resgate do papel da vítima, com a finalidade de apaziguar os sentimentos de inconformidade presentes no espaço público. A proteção da figura da vítima passa a ser essencial no discurso da política criminal, utilizada para embasar a necessidade de mais rigor punitivo. Mesmo que o trabalho do autor esteja baseado exclusivamente num diagnóstico das políticas criminais do Reino Unido e dos Estados Unidos, é possível perceber mudanças nesse sentido no Brasil, sendo possível citar casos em que se legitimaram alterações normativas invocando a imagem da vítima, tais como a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), influenciada por mobilizações sociais encabeçadas por figuras públicas que requeriam uma progressão de regime mais rigorosa para certos crimese, mais recentemente, a Lei Carolina Dieckmann (12.737/2012), tipificando delitos informáticos, aprovada após a divulgação de fotos privadas da vítima, supostamente copiadas de seu computador. No âmbito da infância e da juventude, verifica-se um amplo movimento que pretende reduzir a maioridade penal ou aumentar o tempo de internação dos jovens baseados, em sua grande maioria, em casos concretos de grande comoção social, como se depreende das exposições de motivos de projetos em tramitação no Senado Federal, tais como a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2012 e os Projetos de Lei n. 333/2015 e 2517/2015, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente.

Nas últimas décadas, o fenômeno da insegurança foi crescendo em um ritmo extraordinário e transformando radicalmente a experiência em relação ao delito, principalmente a partir dos anos 90. As ascendentes estatísticas oficiais sobre as taxas de criminalidade, assim como as estatísticas referentes à

vitimização e, fundamentalmente, a partir de uma espécie de sensação de medo na vida cotidiana que se produz e reproduz nas relações interpessoais, pode-se observar a ascensão da chamada crise de insegurança em relação ao delito. De acordo com Garland (2001), dianteda difícil situação em que se consolida tal crise, delinearam-se duas respostas estatais típicas – as denegatórias e as adaptativas.

Sozzo (2012) afirma que o viés "denegatório" da transformação das estratégias de controle do delito constituiu a tendência predominante na América do Sul. A insistência no endurecimento penal, a criminalização de novas condutas, o incremento do uso da força por parte das polícias, aumento legal das penas para certos tipos de delitos, aumento da população carcerária; são apenas alguns exemplos das formas de ação e decisões que se inscrevem nessa tendência, muito familiares ao contexto brasileiro.

Ressalta-se o caráter simbólico deste tipo de resposta, como forma de restabelecer a confiança da população nas instituições do sistema de justiça criminal. Sob tal perspectiva, a principal função da punição é a reafirmação dos valores sociais vigentes, mais do que a intimidação dos supostos infratores. A sanção dirige-se àqueles que devem recuperar sua confiança nas normas jurídicas e sociais (FONSECA, 2012).

Em inúmeros projetos de lei, é possível analisar a menção ao termo "resposta à sociedade" como causa justificadora da proposta legislativa. Para os legisladores, a sociedade encontra-se com medo, motivo pelo qual devem intervir através da legislação penal. Assim, a intervenção legislativa penal é orquestrada com o objetivo de apaziguar os ânimos da sociedade, inflamados, em grande medida, pela divulgação diuturna de fatos criminais. Percebe-se, também, que qualquer opinião que seja contrária às alterações legislativas é prontamente rebatida com base em tais argumentos (CIFALI, 2015).

Apenas para exemplificar tais considerações, colaciona-se um trecho dos debates produzidos em sede de audiência pública realizada com especialistas do sistema de justiça juvenil sobre o tema do aumento do tempo de internação de adolescentes em conflito com a lei. A grande maioria dos especialistas ouvidos nas audiências públicas foi veementemente contrária a qualquer alteração na legislação concernente às crianças e adolescentes. Ainda assim, a comissão especial designada para avaliar as propostas de alteração legislativa, tendente a agravar a legislação no que tange aos atos infracionais, posicionou-se a favor das mudanças propostas. Parece, ainda, que as audiências públicas são realizadas apenas para cumprir um procedimento padrão, mas que não produzem impactos significativos sobre as decisões dos legisladores. Ao falar sobre o projeto substitutivo que engloba diversas propostas legislativas tendentes a aumentar o tempo de internação dos adolescentes em conflito com a lei, autorizar a transferência de adolescentes a estabelecimentos penais, implementar a obrigatoriedade de elaboração de testes projetivos de personalidade, a possibilidade de imposição de medida de segurança até que "cesse a periculosidade do adolescente", atestada por laudos psiquiátricos, entre outras manifestações da criminologia etiológica da escola positivista, assim discorreu o relator, Deputado Federal Carlos Sampaio, do PSDB de São Paulo:

> Evidentemente, enquanto Parlamentares que somos, temos a obrigação de estar ouvindo exatamente o clamor que vem das ruas e o sentimento da Nação. Errado o sentimento ou não, equivocado ou não, fruto de má informação ou não, o certo é que há uma indignação generalizada hoje com relação à prática de crimes hediondos e de outros que não são qualificados como hediondos, mas que são gravíssimos, como o que foi praticado pelo adolescente que queimou aquela dentista porque ela não tinha dinheiro. Em relação a esses casos, efetivamente, em que a pessoa demonstra uma incapacidade de convivência social. Como responder à sociedade dizendo "nós temos que aplicar o ECA," — e de fato temos — "nós temos que nos voltar para a educação" — e de fato temos? Mas como dar uma resposta — e não é uma resposta imediata — , mesmo que seja a médio prazo? Como responder a essa sociedade indignada, aviltada diante da gravidade de um delito, sem apresentar uma alternativa? (CIFALI, 2015)

Ou seja, respostas que poderiam efetivamente auxiliar no enfrentamento do problema, o investimento na área da educação, a aplicação integral do ECA, a oferta de oportunidades aos jovens, etc., não são entendidas como suficientes para apaziguar as demandas da sociedade que teme ao delito. Contrariando a grande maioria dos profissionais presentes nas audiências públicas realizadas em diversas cidades do país, o relator apresentou um projeto substitutivo que reúne as propostas de alteração legislativa acima citadas. As alterações podem, inclusive, gerar distorções na matriz do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontrando-se em contrariedade com os direitos fundamentais já alcançados por essa parcela da população, em visível retrocesso em relação à Doutrina da Proteção Integral (CIFALI, 2015).

Dados do 7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública indicam que no ano de 2011 foram registrados, no Brasil, ao todo, 22.077 atos infracionais, ao passo que tal número, no que se refere à prática de crimes, foi de 545.465 no ano de 2012. Desses 22.077 atos infracionais, 8.415 (38,1%) foram de roubo, 5.863 (26,6%) foram de tráfico de drogas e apenas 1.852 (8,4%) foram de homicídio consumado (simples e qualificado). Portanto, daí se extrai que os crimes hediondos, considerados de maior gravidade, não são a maioria dos fatos praticados por adolescentes, pelo contrário: estupro e latrocínio, por exemplo, compõem ao todo 2,9% dos atos infracionais registrados em 2011, enquanto crimes contra o patrimônio (roubo tentado e consumado, furto, estelionato e receptação) correspondem a 45,4% desse total (FBSP, 2013).

Ademais, tampouco se confirma a alegação de que a prática de ato infracional estaria aumentando de maneira alarmante quando se volta o olhar para a realidade brasileira. Na verdade, grande parte da literatura sobre o tema denuncia que as taxas de incidência de ato infracional têm, na verdade, caído significativamente ao longo do século XX, quando em comparação com os crimes, tendo atingido certa estabilidade nos últimos anos (PIPA, 2014). O que vem aumentando, em compasso com o viés denegatório das respostas estatais, é a imposição de medidas de internação aos jovens, gerando a falta de vagas nos estabelecimentos responsáveis pela privação de liberdade dos adolescentes e a consequente superlotação.

UNILASALLE CANOAS-RS

Porém, segundo Garland (2012), também foi produzida uma "resposta adaptativa", baseada no reconhecimento dos limites das formas de atuar e de pensar tradicionalmente, buscando gerar inovações e alternativas aos modelos vigentes. Não é uma resposta homogênea, une conservadorismo e bem-estar social, assim como agentes estatais e não estatais, desenvolvendo-se decisões e práticas que vão desde a racionalização da administração da justiça penal às iniciativas legais de alternativas à pena privativa de liberdade. Tais estratégias de controle do delito possuem uma força e uma visibilidade menor do que as "respostas denegatórias", mas também se fizeram presentes no contexto brasileiro. No âmbito socioeducativo, é possível perceber movimentos nesse sentido com relação à justiça restaurativa. Porém, a mesma é dedicada somente a certos casos, especialmente quando se observa o adolescente como "recuperável" e de baixa periculosidade, quando já descartada a necessidade de internação.

Nesse contexto, outro fator relevante da chamada nova penalogia é a tendência de que, em lugar de se preocupar exclusivamente em punir, intimidar ou reabilitar indivíduos, concentra sua atenção sobre categorias de pessoas e grupos de risco. Verifica-se, basicamente, uma dupla classificação dos sujeitos condenados. Para muitos, a maioria dos apenados faria parte de um setor da sociedade altamente perigoso, aos quais se destinaria a severidade do sistema de justiça. Estes deveriam permanecer afastados da sociedade pelo maior tempo possível, em nome da segurança dos considerados "cidadãos de bem" (GARLAND, 2012).

Por outro lado, também são identificados grupos que apresentariam baixo risco, os quais poderiam ser apenas vigiados, punidos com penas alternativas ou beneficiados com a transação penal. O gerencialismo cumpriria sua função de destinar à prisão apenas aqueles sujeitos considerados perigosos, enquanto para os outros, os "recuperáveis", a prisão não seria uma forma de punição eficaz (GARLAND, 2012). A preocupação está em manter de fora da percepção oficial as ofensas mais leves

e infratores que apresentam baixo risco, não porque a prisão e a criminalização também são fatores criminógenos e causam problemas por si mesmos, mas porque geram demasiados gastos para a administração pública (FONSECA, 2012).

Desta maneira, percebe-se que, atualmente, elementos dessa nova racionalidade do campo do controle do delito também ecoam no sistema de justiça juvenil. Isso se depreende tanto a partir do aumento do número de adolescentes internados, e pelas justificativas utilizadas para tanto, quanto pelas propostas de alteração legal recrudescedoras. A partir do acompanhamento de casos através do Programa de Práticas com Adolescente em Conflito com a Lei (PIPA) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi possível perceber, por um lado, a manutenção das análises clássicas empreendidas pela cultura tutelar, com relação ao ambiente social do jovem e ao seu contexto familiar e econômico, empreendidas principalmente pelos profissionais que representam os saberes técnicos na fase da execução das medidas, entre eles psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais. E, por outro lado, foi possível observar que, atualmente, o ato infracional é, sim, um elemento levado em consideração ao momento de aplicar as medidas, diferentemente do que ocorria no período anterior ao ECA. Fatores como a proporcionalidade entre a infração e o tempo de internação são frequentes, bem como a internação provisória sob o argumento da garantia da ordem pública diante da periculosidade do jovem, analisada com base em seus antecedentes infracionais. O comportamento do jovem dentro das instituições de privação de liberdade também é um elemento importante, muitas vezes determinando sua permanência na instituição ainda quando esgotada a noção de proporcionalidade com relação ao delito. Desta maneira, o adolescente é avaliado conforme o risco que apresenta à segurança pública, devendo receber a retribuição considerada adequada ao delito cometido e à sua conduta social.

Apenas para exemplificar tais considerações, traz-se à tona um caso envolvendo adolescente que havia sido condenado pelo delito de porte de arma, delito que não envolve violência ou grave ameaça e que, no caso dos réus adultos, dificilmente gera uma pena em regime fechado. No caso deste adolescente, após cumprir mais de dois meses em internação sem possibilidade de atividades externas, a equipe técnica da unidade de internação indicou que seria interessante e mais adequado ao caso concreto que o adolescente cumprisse uma medida de liberdade assistida. O juiz da execução concordou com a análise, indicando elementos do caso concreto que embasavam sua decisão, como a tenra idade do adolescente e a ausência de consequências graves pelo cometimento do delito. Nas instâncias superiores, a partir de recurso do Ministério Público, a decisão foi alterada, considerando-se, basicamente, a reincidência do adolescente e seu comportamento no interior da unidade de internação (pois o mesmo havia se envolvido emocorrências disciplinares). Os fundamentos que embasaram a decisão vão no sentido de que a internação por mais de dois meses seria uma resposta insuficiente do Estado diante da conduta do jovem, da mesma forma, o princípio da proporcionalidade foi invocado para alegar a ausência de proporção entre o delito praticado e o tempo de duração da internação. O papel retributivo das medidas socioeducativas é utilizado como argumento justificador da necessidade de maior punição do jovem, com a finalidade de transformar seu comportamento considerado antissocial. De acordo com o recurso ministerial, urgia a cassação do benefício concedido ao adolescente, porquanto entendia demonstrada a sua impossibilidade de beneficiar-se dele em decorrência da total ausência de retributividade ao ato infracional (considerado gravíssimo) por ele praticado, além de apontar uma difusão da impunidade decorrente do fato, aliado às circunstâncias relativas à gravidade do ato infracional e à situação processual e pessoal do recorrido, destacando que a concessão da liberdade assistida, naquele momento, seria precipitada e absolutamente temerária. Dessa forma, apontava que a segurança social poderia encontrar-se em perigo.

Com isso, ao adolescente, que já estava cumprindo a liberdade assistida e demais obrigações determinadas em sentença, como a frequência escolar e atendimento psicológico, foi determinado seu retorno à unidade de internação. Vale ressaltar que o artigo 42 do SINASE determina que: “a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si,

justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave." (BRASIL, SINASE, 2012). Nesse sentido, é possível verificar que a atuação dos atores envolvidos nesta decisão baseou-se, exclusivamente, em uma racionalidade punitiva, de viés denegatório, que não admite a colocação em liberdade de adolescente considerado perigoso à sociedade, ainda que a equipe técnica que o acompanhou de perto tenha indicado que uma medida em meio aberto seria adequada para o caso.

Em seu trabalho, Gisi (2014) investiga sobre quais os critérios valorizados pelos juízes para sua decisão sobre o término da medida de internação, buscando identificar sena execução dessa medida existe uma lógica mais punitiva e retributiva ou se ela ainda é executava na chave do tratamento e bem estar do adolescente. A autora verificou que o critério da crítica está intimamente relacionado à gravidade da infração e ao tempo da medida, podendo ser visto como uma maneira de garantir a retribuição sem abrir mão da execução da medida como processo de avaliação e modificação do adolescente. Ainda, aponta o caráter indeterminado da medida comoum recurso pensado para beneficiar o adolescente com intervenções curtas, ainda quando envolvidos em casos de infrações graves. Porém, alertar que os dispositivos presentes no ECA são possibilidades que não possuem sentido definido e fechado, sendo definidos situacionalmente pelos atores que o acionam em suas práticas (GISI, 2014).

A partir dos dados coletados, a autora percebe que o problema gerado pela indeterminação da medida de internação é resolvido pelos atores da Justiça Juvenil em parte pelo recurso à proporcionalidade. Entretanto, ressalta que tal recurso não visa garantir a adoção de "critérios objetivos" na decisão por maior utilização das leis, dado que se pauta no convencimento do juiz a respeito da "crítica" do adolescente e da "coerência" da duração de acordo com o ato infracional. Assim, quando o julgamento das equipes das unidades sobre a aquisição de crítica for realizado com duração que seja considerada incoerente com relação ao ato infracional, esse julgamento é posto em dúvida. Ainda, destaca que, desta maneira, a necessidade do adolescente "desenvolver crítica" parte de uma ideia do adolescente como responsável pelos seus atos e o processo da medida envolveria o reconhecimento das consequências de suas ações, sendo o objetivo principal dessa intervenção a prevenção contra a reiteração do crime (GISI, 2014).

UNILASALLE
CANOAS-RS

De acordo com a autora, ao questionar os juízes da execução sobre o que eles consideram mais importante para encerrar a medida, todos mencionaram a "crítica do adolescente" como o critério central. A autora identificou que, na fala dos juízes, o conteúdo dessa categoria sempre era associado ao *arrependimento* pelo ato cometido, devendo o adolescente demonstrar a capacidade de "se colocar no lugar da vítima". Desta forma, aponta que a medida socioeducativa assume, portanto, certa carga retributiva, mas que se expressa na avaliação que é realizada da evolução do adolescente, adquirir "crítica" seria um processo que evolui com o passar da medida e que é proporcional à gravidade da infração cometida. Dessa forma, conforme a autora:

> (...) a retribuição e a proporcionalidade se fazem presentes na justiça juvenil mesmo com o tempo indeterminado. O tempo necessário para desenvolvimento da crítica deve ser "coerente" com a infração e nos casos em que não é, em que "não faz sentido", o juiz mantém a medida independente da sugestão da unidade. (GISI, 2014, p. 26)

Nesse sentido, em que pese a abertura dos dispositivos do ECA seja justificada diante da necessidade de individualização das medidas, parece haver um movimento contrário a essa individualização, já que o tempo da medida é aplicado a partir da sua violência e gravidade da infração, que diz a mesma coisa sobre qualquer infrator. Por fim, aponta que quando os entrevistados foram questionados sobre a relação entre as lógicas decisórias na aplicação e na execução das medidas, todos afirmaram que o ato infracional tem peso maior, sendo que o foco seria verificar se o adolescente cometeu o ato, sua gravidade e a reincidência e a partir disso já haveria as medidas pré-definidas. Ou

seja, além do ato, os antecedentes infracionais também jogam um papel importante ao momento de se avaliar a suposta periculosidade do adolescente (GISI, 2014).

Percebe-se, assim, que as medidas em meio aberto, apesar de serem a aposta do ECA, tendo em vista os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida de internação, bem como o estabelecimento de um tempo máximo de duração, são consideradas sinônimo de impunidade e falta de rigor estatal na retribuição pelo delito cometido. As referências à socioeducação ficam em segundo plano, ainda que se pretenda, através da internação, a modificação da conduta do adolescente. Não se trata mais de proteger o jovem, como era o discurso predominante do período anterior, mas de afastá-lo do meio social em razão de sua suposta periculosidade, em nome da segurança e ordem pública, para que, neste período, adquira o que chamam de "crítica com relação aos seus atos" e não volte a reincidir. No fundo, parece que a razão pela qual os jovens eram privados de liberdade sempre foi a mesma, o incômodo que geravam na sociedade e a percepção de sua potencial periculosidade, ocorre que, atualmente, tal discurso não é mais encoberto através do argumento do bem estar da criança e do adolescente, havendo uma íntima relação entre os elementos avaliados no julgamento dos atos infracionais e os elementos avaliados no julgamento no sistema penal adulto, existindo, inclusive, espaço para que os jovens sejam mais punidos do que os adultos, diante da discricionariedade com a qual ainda contam os juízes para decidir.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elaborando-se um percurso histórico através das legislações e práticas com relação ao julgamento de crianças e adolescentes, percebe-se que, em termos de garantias e direitos, muito se avançou no Brasil. Entre as principais transformações promovidas pelo ECA, destaca-se: 1) a afirmação de que todas crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e 2) a aposta no meio aberto para alcançar os objetivos socioeducativos. Tais mudanças marcam uma contraposição com relação ao período anterior, em que o jovem era considerado objeto da atuação estatal e que a institucionalização era a aposta do Estado.Nos Códigos de Menores, a internação era vista como medida que beneficiava o "menor", pois o mesmo receberia tratamento e assistência. Com o ECA a intervenção passa a ser limitada e adotada somente como último recurso. A partir de então, a internação deveria ser aplicada não em função das necessidades do adolescente, mas, especialmente, nos casos em que o ato infracional envolver violência ou grave ameaça ou quando o adolescente reincidir diversas vezes por condutas igualmente graves ou não cumprir outras medidas impostas.

Porém, recordando o temor de Adorno, a alteração legislativa parece não ter sido suficiente para alterar as racionalidades dos atores envolvidos na aplicação do ECA, tendo a cultura tutelar deixado marcas profundas, referidas por Mendez(2015, p. 28) como "o cadáver insepulto" da cultura tutelar, que, agora, se unem às racionalidades advindas da crise de insegurança, de viés denegatório, que bradam pela segurança pública e pela defesa social, indicando a periculosidade dos considerados indesejáveis históricos no Brasil, negros, pobres e provenientes de áreas periféricas das grandes cidades. Em que pese a legislação atual tenha retirado a menção à situação irregular, que materializava a discriminação contra esta parcela da população, a polícia continua atuando seletivamente, impregnada pelo racismo institucional, o que garante que o mesmo perfil de jovens continue sendo atingido pela intervenção estatal.

Especialmente diante da discricionariedade e dos amplos poderes que dispõem os magistrados, a cultura tutelar parece permanecer arraigada no sistema juvenil. O ato infracional não é o único elemento considerado para a imposição da medida socioeducativa, motivo pelo qual se permite uma análise individualizada dos casos, mas também permite que o controle social seja exercido sem limites claramente definidos. Ainda é possível observar a prática de internar jovens em razão de seu meio social, de questões relacionadas à família e à saúde mental, indicando a permanência da cultura tutelar no

sistema de justiça juvenil, que agora se mescla às práticas contemporâneas de gestão do risco, como as internações provisórias e baseadas no argumento da periculosidade.

Ocorre que, como referido, atualmente, não se utiliza mais o discurso de proteção do jovem para justificar a privação de sua liberdade, mas o puro e simples discurso da segurança pública, aproximando cada vez mais os sistemas juvenil e adulto, com a diferença de que o sistema juvenil continua sendo guiado por uma lógica informal e sua legislação especial deixa amplos espaços para a atuação discricionária. Além disso, o poder do saber técnico continua atuando, impondo classificações e patologizando condutas - agora não mais o pervertido, mas o antissocial-, que necessita ser medicado para, então, atuar dentro dos padrões considerados "normais", na fala de uma mãe: "entram por tráfico, saem viciados em remédios". Com relação aos jovens, as esperanças na ressocialização não foram totalmente perdidas, mas este elemento figura agora como um fator secundário que permeia a aplicação de medidas, o objetivo principal é manter o espaço público em segurança, ainda que violando os direitos conquistados por essa parcela da população.Desta forma, além de elementos provenientes da cultura tutelar, a nova racionalidade de gestão do risco, o retorno da vítima (devendo o jovem se colocar no lugar dela) e dos discursos essencialmente punitivos e demandas por severidade no controle do crime, jogam um papel fundamental para estabelecer as práticas com relação aos adolescentes. Desta maneira, indaga-se, o ECA foi suficiente para limitar a intervenção do estado e superar as práticas estatais autoritárias no que tange a crianças e adolescentes envolvidos em ato infracional?

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____. Criança: a lei e a cidadania. . In: A Criança no Brasil Hoje. Desafios para o terceiro milênio. Org. Irene Rizzini. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993, pp. 101-112.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou Como tratar Desigualmente os Desiguais.Dados. Rio de Janeiro, v.45, n.4, 2002.

BARROS,Betina Warmiling. Contrapondo os discursos das câmaras cíveis e criminais enquanto julgadoras do ato infracional: há diferença? In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 139-158.

BECKER, Carlos Augusto Vier. A oitiva ministerial (informal) e a implicação da confissão do adolescente nessa etapa do processo: estaríamos falando de inconstitucionalidade? In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 159-180.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Núcleo de Redação Final em Comissões. Comissão Especial - PL 7197/02 - Medidas Socioeducativas a Infratores. Audiência Pública realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul em 01 jul. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/54a-legislatura/pl-7197-02-medidas-socio-educativasainfratores/documentos/notastaquigraficas/notaq%2001.07.13%20sem%20Porto%20Alegre.pdf>. Acesso em 23 maio 2014, p. 30-31.

UNILASALLE CANOAS-RS

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. ECA: Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes. Série Pensando o Direito, Nº 26/2010. Universidade Federal da Bahia (UFBA), Coordenação Maria Auxiliadora Minahim. Brasília, 2010.

CIFALI, Ana Claudia. Política Criminal brasileira no governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. Por que a presunção de inocência só vale para adultos? A imposição jurisprudencial de medidas socioeducativas antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 196-119.

FONSECA, David. Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil. Cânedo e Fonseca (org.), Ambivalência, contradição e volatilidade no Sistema Penal. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, pp. 297-338.

FOSCARINI, Leia Tatiana. Quando as violações ocorrem em nome da proteção: apontamentos sobre o uso abusivo de medicação nas unidades de internação de adolescentes da FASE/RS. In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 113-119.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2014.

GARLAND, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: Cânedo e Fonseca (org.), Ambivalência, contradição e volatilidade no Sistema Penal. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

_____. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2001.

GISI, Bruna. A avaliação do arrependimento como critério para a execução de medidas socioeducativas no sistema de justiça juvenil. 38º Encontro Anual da Anpocs, Caxambú, 2014. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=9297&Itemid=217>. Acesso em 27 maio 2016.

_____. O tempo indeterminado como instrumento de manutenção da ordem interna em unidades de internação para adolescentes. 39º Encontro Anual da Anpocs, Caxambú, 2015. Disponível em:<http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=9884&Itemid=461>. Acesso em 27 maio 2016.

GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo penal ainda se faz presente? In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 220-242.

UNILASALLE CANOAS-RS

LAZZAROTTO, Gislei Domingas; CARVALHO, Julia Dutra de. Adolescente em medida socioeducativa: tensões entre políticas de saúde mental e a patologização-medicalização. In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 120-129.

LUGON, Ricardo. Patologização da internação socioeducativa: a medicalização. In: Justiça Juvenil na Contemporaneidade. Org. Ana Paula Motta Costa e Daniela Eilberg. Porto Alegre: UFRGS, 2014, pp. 108-112.

MENDEZ, Emílio Garcia. A criança e seus direitos na América Latina: quando o passado ameaça o futuro. In Socioeducação: fundamentos e práticas. Org. Carmem Maria Craidy e Karine Szuchman. Porto Alegre: UFRGS, 2015.

MOREIRA, Raquel Ribeiro. Meninos do Cense – as relações de estigmatização, violência e disciplinarização de adolescentes em conflito com a lei, internados.Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Letras – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. Processo Infracional e violência. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. A (Des)Integração na América Latina e seus reflexos sobre a infância. In: A Criança no Brasil Hoje. Desafios para o terceiro milênio. Org. Irene Rizzini. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993, pp. 41-65.

PROGRAMA INTERDEPARTAMENTAL DE PRÁTICAS COM ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI – PIPA. Parecer sobre a justiça juvenil na contemporaneidade. São Paulo: IBCCRIM, 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/parecer_pipa.pdf>. Acesso em 15 maio 2016.

RAUTER, Cristina. Criminologia e Subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIZZINI, Irene. O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

_____. O elogio do científico – a construção do "menor" na prática jurídica. In: A Criança no Brasil Hoje. Desafios para o terceiro milênio. Org. Irene Rizzini. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993, pp. 81-101.

SARAIVA,João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – ACESSO Á JUSTIÇA NO BRASIL

CANOAS, 2016.

UM ESTUDO SOBRE RESISTÊNCIA DO JUDICIÁRIO À APLICAÇÃO DE NOVA LEGISLAÇÃO: A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DA REFORMA DE 2002 DO CPC DE 1973.

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro[1]
Michelle Fernanda Martins[2]

RESUMO: A audiência preliminar, embora tenha sido instituída por uma reforma legislativa (Lei 10.444/02) na busca de melhoria do acesso à justiça, tentando tornar o direito mais dinâmico, aparentemente não foi muito bem recepcionada pelos órgãos judiciais. Os juízes, muitas vezes, decidiam pela sua não obrigatoriedade, embora a lei dispusesse de modo diverso. Dessa forma, questiona-se acerca de uma possível resistência do Poder Judiciário em aplicar novas normas/novas leis, e se isso representaria uma afronta ao acesso à justiça. O presente artigo aborda uma pesquisa, ainda em fase inicial, de decisões judiciais sobre a aplicabilidade da audiência preliminar, instituto previsto no CPC/1973. A questão merece atenção, já que o novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) institui a audiência de conciliação, instituto semelhante ao da audiência preliminar, e que poderá enfrentar resistências pelos atores jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça. audiência preliminar. resistência do Poder Judiciário

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o acesso à justiça é um assunto que tem despertado diversas discussões e entraves, tendo em vista os inúmeros obstáculos que devem ser enfrentados para a sua efetivação. Entre estes desafios, encontram-se, por exemplo, a necessidade de assistência judiciária gratuita aos pobres, a representação adequada de interesse difusos e busca pela efetividade, conforme ensinado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando colocam estes desafios em três ondas, em sua clássica obra "Acesso à Justiça".

Quando se observa o contexto atual do direito brasileiro, verifica-se, a princípio, que uma das grandes problemáticas para o alcance do acesso à justiça seria a ausência de efetividade processual, a qual muitas vezes pode decorrer do elevado número de processos[3] e, por consequência, da elevada carga de trabalho a qual os atores jurídicos estão submetidos. Com relação a este problema, pode se destacar o artigo de Kim Economides, quando refere que existem os desafios de uma quarta onda de acesso à justiça a serem enfrentados, que seria a necessidade de melhor profissionalização dos atores jurídicos, com atualizações constantes.

Além disso, é necessário destacar que hoje vive-se em uma sociedade dinâmica e rápida, com transformações velozes, na qual o direito, muitas vezes, parece não acompanhar a velocidade das transformações sociais, a exemplo do que ocorreu em relação a regulamentação das uniões homoafetivas e agora acontece em relação ao poliamor. Isto é, a sociedade não espera a regulamentação jurídica para escolher como viver, impulsionando assim a evolução da sociedade. Em outros termos, *"as transformações sociais são - verdadeiramente - o motor da evolução dos sistemas sociais"* (RIBEIRO, 2013, p. 32). De forma paralela, o direito procura evoluir para responder as demandas e necessidades da sociedade (RIBEIRO, 2014, p. 213-214), nem sempre obtendo êxito.

É dentro desta realidade que se busca uma real efetividade de direitos e, por conseguinte, o acesso à justiça de maneira formal e substancial. Dessa forma, objetivando principalmente a efetividade

---

1 Professor permanente do PPGD Direito e Sociedade UNILASALLE/Canoas/RS. Mestre e Doutor em Direito, Desembargador do TJRS; diogenesribeiro@tj.rs.gov.br
2 Mestranda em Direito e Sociedade pelo Unilasalle, Advogada; Bolsista CAPES; michifm@gmail.com
3 Conforme consulta ao Relatório do CNJ 2015, ano-base 2014, somente no ano de 2014, foram ajuizados 28.878.663 novos casos. Os dados do ano de 2015 ainda não se encontram disponíveis.

e a celeridade, diversas reformas processuais são pensadas e realizadas, como é o caso, por exemplo, do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), publicado em 2015 e que iniciou a vigorar em março de 2016. Uma das grandes "novidades" trazidas pelo novo Código é a audiência de conciliação, acreditando-se que a satisfação das partes é mais "efetiva" quando a solução da lide é por elas criada e não pelo julgador, conforme disposição constante no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, destacando-se assim a "autonomia das partes".

No entanto, o que desperta atenção e merece discussão é que, já no Código de Processo Civil de 1973, existia instituto similar, o da audiência preliminar, que sempre teve por objeto a busca de conciliação entre as partes e de uma solução "mais efetiva". Contudo, embora a intenção do instituto seja de grande valia e tenha sido uma busca de dar maior dinamicidade/efetividade ao direito, este caiu em desuso, tendo os julgadores, na maioria das vezes, considerado que o instituto era "facultativo" e o dispensado, embora a lei dispusesse de maneira diversa.

Por estas razões, tem se desenvolvido uma pesquisa através de decisões judiciais - do STJ e de segunda instância - acerca da aplicabilidade da audiência preliminar, para analisar os motivos do seu não êxito e quais influências tal circunstância pode vir a ter na aplicação da audiência de conciliação instituída pelo novo CPC (NCPC/2015), já que se pressupõe que os atores jurídicos - em especial aqueles pertencentes aos tribunais - apresentariam uma certa resistência a inovações legislativas.

Destaca-se que, embora se pressuponha a resistência por todos os atores jurídicos, o presente artigo aborda tão somente as decisões de tribunais, tendo em vista que a pesquisa empírica está em fase inicial e, no momento, estão sendo analisadas as decisões de tribunais. Do mesmo modo, ressalta-se que a pesquisa não tem pretensão de dar respostas finais, apenas de lançar questionamentos. Oportuno referir ainda que se trata de uma pesquisa inicial, aberta a discussões e confrontos, sendo possível que as conclusões iniciais sejam modificadas no decorrer da pesquisa.

UNILASALLE CANOAS-RS

2 O ACESSO À JUSTIÇA

A dogmática jurídica tem tido dificuldades para encontrar a conceituação do acesso à justiça. No entanto, conforme ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça serviria para duas finalidades essenciais: é o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, assim como resolver seus litígios sobre a proteção do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Para Clarindo Epaminondas de Sá, o acesso à justiça seria a intersecção entre as estruturas e relações sociais e entre o direito e as práticas judiciais (SÁ NETO, 2015, p. 1). Atualmente, na era da pós-modernidade, em que a característica marcante é a certeza das incertezas, com a possível ocorrência do dano e do perigo (RIBEIRO, 2014, p. 8-10), torna-se inquestionável que o acesso à justiça necessita ser mais flexível, que precisa tornar-se plástico, para conseguir responder aos anseios sociais.

O acesso à justiça, ao longo da história, enfrentou uma série de desafios que foram divididos didaticamente por Cappelletti e Garth em três ondas. A primeira onda representaria garantir a assistência jurídica aos pobres, a segunda onda representaria a correta representação dos interesses difusos e a terceira onda representaria a busca pela efetividade jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73).

Kim Economides, que trabalhou com o professor Cappelletti, refere ainda a existência dos desafios de uma quarta onda, que representaria a necessária qualificação dos atores jurídicos, assim como a efetivação do acesso à justiça destes, pois o *"o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça"* (ECONOMIDES, 1999, p. 61-62).

Ulisses Viana destaca que, para a análise do acesso à justiça como direito ao processo justo, é preciso entender a organização particular realizada no Poder Judiciário do Brasil. O autor refere, em síntese, que é importante entender a organização judiciária, em especial as funções dos tribunais superiores (VIANA, 2011, p. 93). Refere-se ainda que, com o amplo rol de direitos trazidos pela

Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário alcança uma posição de *"verdadeira 'câmara de descompressão' dos conflitos sociais e guardião último da legalidade e das liberdades e garantias democráticas"* (VIANA, 2011, p. 94).

Desse modo, estando estabelecidos diversos direitos e demandado a sociedade por sua concretização, além de pleitear por reconhecimento de novos direitos, surgem alguns problemas, pois há pouca efetividade e utilidade dos direitos, restando prejudicado o acesso à justiça. Nesse sentido, Ulisses Viana refere que *"a situação crítica vivida pela jurisdição no Brasil, envolvida numa crônica inefetividade, com baixa utilidade (eficiência) final na tutela dos direitos, conduz-nos, como sociedade, à busca de alternativas factíveis"* (VIANA, 2011, p. 94).

Assim sendo, alternativas passam a ser buscadas, para que haja a efetiva concretização dos direitos e, por consequência, do acesso à justiça. É dentro deste contexto que surge a audiência preliminar, através de uma reforma legislativa feita por meio da Lei 10.444/02, procurando aperfeiçoar a "audiência de conciliação", já introduzida pela Lei 8.952/94, e dar uma maior efetividade aos direitos, instituto que será analisado a partir de agora.

3 A AUDIÊNCIA PRELIMINAR NO PROCESSO CIVIL E O ACESSO À JUSTIÇA

Para a melhor compreensão do instituto, se analisará a audiência de conciliação desde o texto inicial do Código de Processo Civil de 1973.

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973) objetivou resgatar a tentativa conciliatória de tradição luso-brasileira (CORDEIRO, 1999, p. 29), através da modificação legislativa realizada pela Lei 8.952/94, quando introduziu o artigo 331. O artigo foi escrito com a seguinte redação, junto aos parágrafos 1º e 2º:

> Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.". (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
> § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
> § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Portanto, pela Lei 8.952/94, foi introduzida a audiência de conciliação. Este instituto preconizava que deveriam comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, desde que a causa versasse sobre direitos disponíveis. A audiência deveria ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Caso fosse possível obter a conciliação, ocorreria a redução desta a termo e seria homologada por sentença. Não sendo possível a conciliação, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidiria as questões processuais pendentes e determinaria as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento.

O *caput* deste artigo foi modificado pela Lei 10.444/02, quando passou a vigorar com a seguinte redação, tendo sido também introduzido o parágrafo 3º:

> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes

> intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)
> § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

A audiência de conciliação modificou sua denominação para "audiência preliminar". Esta seria realizada quando a causa versasse sobre direitos que admitiam a transação, sendo realizada no prazo de 30 (trinta) dias, onde as partes ou seus procuradores ou prepostos compareceriam para transigir, desde que não presentes as hipóteses que autorizam a extinção imediata do processo ou o julgamento antecipado da lide.

Os parágrafos 1º e 2º continuaram vigorando, sendo a sistemática do instituto a mesma. Em caso de ser obtido um acordo, este seria reduzido a termo e homologado por sentença. Não havendo êxito na realização do acordo, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidiria as questões processuais pendentes e determinaria a produção de provas a serem produzidas.

O parágrafo 3º, por sua vez, trouxe uma exceção, estipulando que, nos casos em que o direito em litígio não admitisse transação (como já era anteriormente estipulado) e naqueles em que fosse improvável a obtenção de acordo, o juiz tinha a possibilidade de sanear o processo e ordenar a produção de provas desde logo, sem a realização da audiência.

Contudo, este dispositivo legal (§3º) gerou certa confusão, pois alguns julgadores e/ou doutrinadores passaram a entender que a audiência preliminar não era obrigatória. O *caput* do artigo 331 refere que o juiz *"designará"* a audiência, não sendo conferida a faculdade desta designação. O que o parágrafo §3º traz são exceções que permitem a dispensa da audiência preliminar. Todavia, em nenhum momento, é referido que o instituto seria facultativo, sem que as circunstâncias sejam analisadas.

Porém, verifica-se que alguns julgadores e alguns doutrinadores ampliaram a margem de interpretação, decidindo que a audiência preliminar era uma faculdade, conforme se verifica nas lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, quando referem que *"o juiz pode decidir a forma pela qual organizará o feito, se por escrito (art. 327, CPC) ou oralmente (art. 331, CPC). A designação de audiência preliminar, portanto, é uma faculdade do magistrado"*. Os autores referem ainda que a não realização da audiência preliminar não gera qualquer invalidade do feito (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 332).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero utilizaram como fundamento para a facultatividade da audiência preliminar o julgamento do REsp. 790.090/RR, julgado pela 1ª Turma do STJ, e de relatoria da Ministra Denise Arruda. Lendo o inteiro teor da decisão, verifica-se que não seria necessária a designação de audiência preliminar naquele caso, pois estavam em discussão direitos insuscetíveis de transação. Dessa forma, não é possível tão somente por esta decisão judicial compreender que a audiência preliminar era facultativa, pois o argumento utilizado, na decisão, foi a excludente do parágrafo 3º do artigo 331.

Outros autores, como Sérgio Bermudes, defendem que a audiência preliminar é obrigatória. Contudo, tratando a causa sobre direitos que não admitam transação e/ou que seja improvável a realização de acordo, haveria uma exceção a esta regra, conforme determinado no parágrafo 3º do artigo 331. Nesse sentido, o autor:

> O § 3º é norma excludente da realização da audiência do art. 331. Não há razão para designá-la se, sendo a transação a sua meta, o direito não a admitir. Há, no parágrafo, um juízo de probabilidade que o juiz exercerá à vista do processo, objetivamente analisado, e das circunstâncias que o cercam. A decisão é agravável (art. 522). (BERMUDES, 2010, p. 195)

Acredita-se, a princípio, que esta confusão pode ter ocorrido pelo valor subjetivo que foi inserido no texto legal, ao afirmar que a "improbabilidade" da obtenção do acordo possibilitaria a não realização da audiência. No entanto, isto não significa que a audiência preliminar é facultativa.

Todavia, embora obrigatória a realização de audiência preliminar, conforme disposto no artigo 331 do CPC, o que se verificou é que alguns julgadores entenderam que a realização desta audiência seria facultativa, em consonância com o que será abordado neste trabalho logo abaixo. Na maioria dos julgados, percebe-se que a fundamentação pela dispensa é pelas circunstâncias tornarem inviável a conciliação; contudo, em muitos casos, não se mostram quais seriam estas circunstâncias. Entretanto, antes de iniciar esta análise, mostra-se necessário tecer algumas considerações para entender como a audiência preliminar representa o acesso à justiça.

A conciliação estaria enquadrada na terceira onda do acesso à justiça, já que seu objetivo é a busca de uma efetiva tutela jurisdicional, objetivando desafogar o Poder Judiciário e poder realizar composição entre as partes através de concessões mútuas, conforme já foi afirmado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao longo dos anos.

O objetivo da audiência preliminar sempre foi tentar realizar a conciliação entre as partes, afinal a Lei 8.952/94 tinha por objetivo incentivar a autocomposição de litígios (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 429). Assim também é o ensinamento de Napoleão Nunes Maia Filho:

> Renove-se que a realização obrigatória da audiência de conciliação (nova redação do art. 331 do CPC, pela Lei 5.925/73) prestigiava a atividade de pacificação das partes, que viria, nas alterações processuais posteriores, a receber ainda maior valorização; (...)
> A obtenção da conciliação das partes sempre foi um dos anseios mais constantes dos Magistrados e dos estudiosos da Ciência do processo, por representar a *forma ideal* de composição dos litígios, mediante recíprocas concessões entre os litigantes, proporcionando a sua desejável pacificação do modo certamente mais completo, consistente, seguro e rápido, com evidente proveito para todos (MAIA FILHO, p. 125)

A audiência preliminar, portanto, objetivava buscar a pacificação das partes e promover a conciliação, mediante recíprocas concessões, visando a prestar uma tutela jurisdicional efetiva e, por conseguinte, a efetivação do acesso à justiça.

Outro dos objetivos da promoção da conciliação é a diminuição da sobrecarga de processos[4] que o Poder Judiciário enfrenta, objetivando tornar o processo mais célere e menos oneroso para a parte desfavorecida.

Desta forma, a não observância da audiência preliminar e, por consequência, a não observância da promoção da conciliação entre as partes poderia ensejar uma violação ao acesso à justiça do indivíduo, direito fundamental que possui, pois não recebeu a adequada prestação jurisdicional, razão pela qual se investiga a questão.

Exatamente por esta razão, nos causa preocupação a regulamentação do novo Código de Processo Civil que impõe a audiência de conciliação como obrigatória às partes, só a dispensando se ambas as partes concordarem. Esta preocupação ocorre, mormente, pois é possível verificar que houve, aparentemente, forte resistência a um instituto similar a este quando introduzido por reforma legislativa no ano de 2002. Além disso, se questiona como ficará a situação quando apenas uma das partes rejeitar a conciliação.

4Em 2014, chegaram à Justiça brasileira 28,88 milhões de novos processos, conforme pesquisa realizada pelo CNJ (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido) Acesso em: 07 nov 2015

Dessa forma, aborda-se, no ponto abaixo, rapidamente, a pesquisa inicialmente desenvolvida acerca da aplicabilidade da audiência preliminar, nos anos de 2002 a 2010, no STJ, no TJRS, no TJSP e no TJRJ.

4 A ANÁLISE DE JULGADOS ACERCA DA APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

A metodologia adotada, para a presente pesquisa, é a pesquisa bibliográfica e a pesquisa de decisões judiciais. Neste primeiro momento da pesquisa, foram pesquisadas 32 (trinta e duas) decisões, divididas entre o STJ, o TJRS, o TJRJ e o TJSP.

A escolha pelo STJ ocorreu por ser o órgão de cúpula do país, estando abaixo apenas do STF, sendo o responsável por orientar a posição dos demais tribunais no Brasil. A opção pelo TJRS ocorreu por ser o tribunal onde a pesquisa está sendo realizada. Optou-se ainda pelos TJSP e pelo TJRJ, tendo em vista o elevado número de processos que estes tribunais possuem, sendo estes dois tribunais, apresentados pelo Relatório em Números do CNJ 2015, ano-base 2014, como os tribunais de maior parte, em primeiro e segundo lugar respectivamente.

Para esta classificação, o CNJ avalia as despesas totais, os casos novos, os casos pendentes, o número de magistrados, o número de servidores e o número de trabalhadores auxiliares. O Tribunal de Justiça de São Paulo aparece como primeiro colocado, com o escore de 4,303. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aparece como segundo colocado, com o escore de 1,305. O Tribunal do Rio Grande do Sul aparece em quarto lugar, com o escore de 0,509, atrás do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se encontra em terceiro lugar e tem o score de 1,163.

4.1 Do modo de pesquisa no STJ (cinco decisões)

UNILASALLE CANOAS-RS

Em 04/11/2015, foi realizada pesquisa, na jurisprudência do STJ, com as palavras-chave "audiência preliminar" e "obrigatoriedade", tendo sido encontrado 8 (oito) acórdãos e 140 (cento e quarenta) decisões monocráticas. Destes acórdãos, três se referiam a Lei Maria da Penha e um a procedimento administrativo de policial militar, estando, portanto, fora do nosso objeto de pesquisa, já que tratam de procedimentos diversos ao que se estuda.

Procurando as palavras-chave "art. 331" e "obrigatoriedade", nada foi encontrado. Procurando as palavras-chave "artigo 331" e "obrigatoriedade", foram encontrados dois acórdãos e trinta e duas decisões monocráticas. Nestes dois acórdãos, foi encontrado o REsp 796593/RR, que já tinha sido anteriormente encontrado na primeira pesquisa, e outro (EDcl no AgRg no REsp. 724.059).

Assim sendo, temos cinco julgados para analisar: REsp. 790.090/RR, REsp. 796.593/RR, REsp 417.899/SP, REsp 327.408/RO e EDcl no AgRg no REsp. 724.059.

4.2 Do modo de pesquisa no TJRS (treze decisões)

Foi feita pesquisa em 04/11/2015, com as palavras-chave "audiência preliminar" e "facultatividade", sem estabelecer marco temporal, encontrando-se um resultado (Apelação Cível Nº 70003727567 da Sexta Câmara Cível).

Com as palavras-chave "audiência preliminar" e "não obrigatoriedade", sem estabelecer marco temporal, foram encontrados cinco resultados (Apelação Cível Nº 70038531653 - Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70019133883 - Nona Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70019560226 - Nona Câmara Cível, Apelação Cível Nº 599345253 - Décima Nona Câmara Cível, Agravo de

Instrumento Nº 599134251[5], Sexta Câmara Cível). A última decisão não possui inteiro teor no site do TJRS, tratando-se de decisão proferida no ano de 1999.

Através de referência no Agravo de Instrumento 70019133883, encontraram-se outras quatro decisões: Apelação Cível 70013374889 - Quinta Câmara Cível, Apelação Cível 70012763173 - Décima Quinta Câmara Cível, Apelação Cível 70010628931 - Décima Nona Câmara Cível e Apelação 70010551547 - Décima Sétima Câmara Cível).

Ainda, por referência na Apelação Cível 70010628931, encontraram-se outras três decisões: Apelação Cível 7007368921, Apelação Cível 7001955335 e Apelação Cível 7002877629.

Por fim, pesquisando pelas palavras "audiência de conciliação" e "obrigatoriedade", marcando o campo "cível", foram encontradas 43 decisões. Contudo, buscando delimitar a pesquisa, em um primeiro momento, foi estabelecido o marco temporal de 08/08/2002 a 08/08/2006, sendo encontradas 9 (nove) decisões. Destas decisões, 07 (sete) tratavam de matérias diversas – alimentos, separação, compromisso arbitral -, 01 (uma) possuía segredo de justiça e apenas 01 (uma) se referia a obrigatoriedade da audiência preliminar (processo 7007006620).

Dessa forma, foram encontradas 13 decisões judiciais para análise no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4.3 Do modo de pesquisa no TJSP (seis decisões)

No dia 03/12/2015, ao pesquisar, no mecanismo de jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), com as palavras-chave "audiência de conciliação", "obrigatoriedade", e "art. 331", estabelecendo o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2003, encontraram-se sete decisões, sendo que uma delas (referente ao processo 0030280-52.2003.8.26.0000) não tem relação com o que está sendo aqui discutido.

O marco temporal foi escolhido por se pretender analisar a aparente resistência do Poder Judiciário em aplicar novas legislações, de modo que se escolheu um ano após a entrada em vigor da reforma legislativa de 2002, que transformou a audiência de conciliação em audiência preliminar. A Lei 10.444/02 entrou em vigor em 08/08/2002, três meses após ser publicada, conforme seu artigo 5º.

Houve escolha de marco temporal em relação a este tribunal, pois ao se procurar com as palavras-chave, sem delimitar marco temporal, se encontraram muitas decisões, em um total de 494 decisões.

4.4 Do modo de pesquisa no TJRJ (oito decisões)

No dia 09/12/2015, ao pesquisar, no mecanismo de jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), com as palavras-chave "audiência preliminar", "obrigatoriedade", e "art. 331", estabelecendo o marco temporal de 08/08/2002 a 07/08/2010, encontraram-se nove decisões.

Não é possível ler o inteiro teor de uma destas decisões (0008286-96.2004.8.19.0203) por se tratar de segredo de justiça, sendo esta decisão desconsiderada para fins de pesquisa, eis que não é possível analisar seu conteúdo.

Foi escolhido este marco temporal para que se possa analisar a suposta resistência à reforma legislativa que ocorreu em relação à audiência preliminar, tratando-se de período recente após a publicação da alteração legislativa.

O marco temporal foi estabelecido, já que, sem estabelecer marco temporal, se encontraram 40 decisões, as quais não seriam possíveis analisar neste momento inicial da pesquisa.

5Não há inteiro teor deste julgado no site do TJRS. Trata-se de processo julgado em 1999.

4.5 Das conclusões iniciais

Através dos modos de pesquisa acima descritos, foi feita a pesquisa de trinta e duas decisões acerca da aplicabilidade ou não da audiência preliminar, divididas entre o STJ, o TJRS, o TJSP e o TJRJ.

Dentro dessa totalidade de decisões, 9 (nove) decisões referiam que a audiência preliminar seria dispensável quando a causa versasse sobre direitos indisponíveis ou as circunstâncias mostrassem ser inviável a obtenção de conciliação; contudo, sem mencionar qual seria o direito indisponível ou quais seriam as circunstâncias que inviabilizariam a transação. No gráfico que será abaixo mostrado, este resultado contará como RESULTADO 1.

Ainda, dentro desta totalidade de decisões, 4 (quatro) decisões eram no sentido de que audiência preliminar seria dispensável quando a causa versasse sobre direitos indisponíveis ou as circunstâncias mostrassem ser inviável a obtenção de conciliação, ocorrendo a menção ao direito indisponível e/ou as circunstâncias. No gráfico que será abaixo mostrado, este resultado contará como RESULTADO 2.

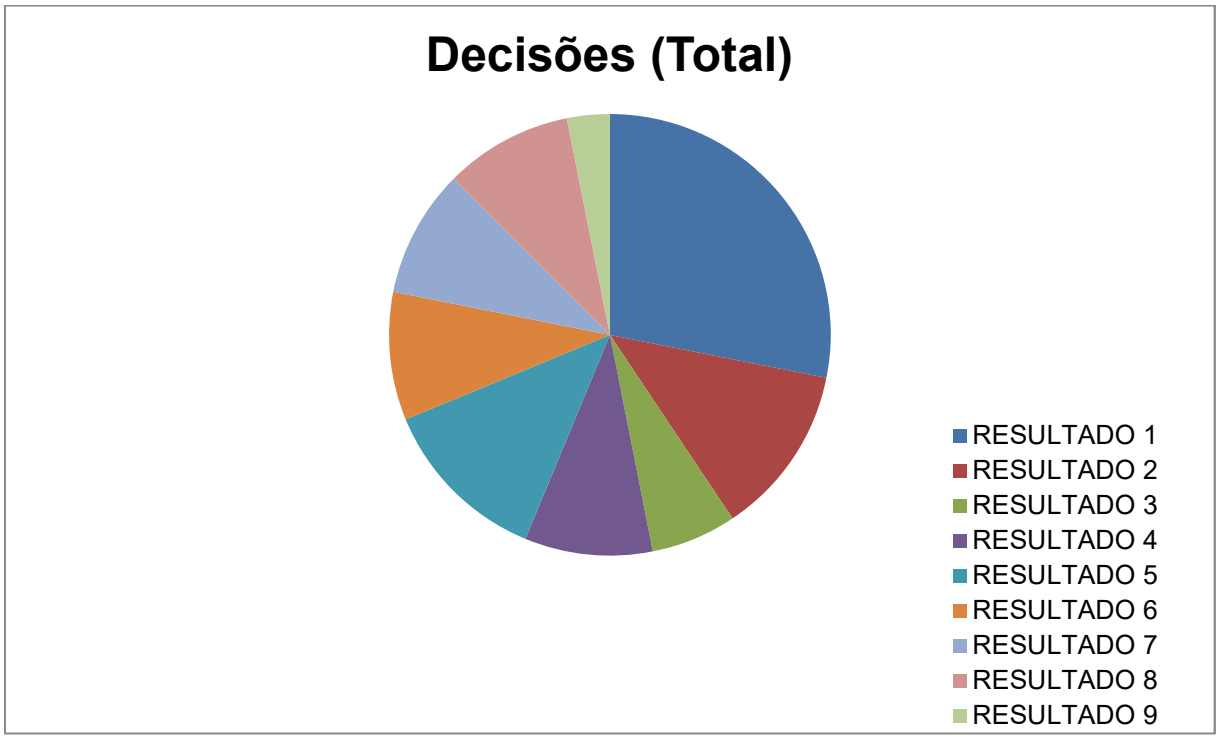
Outras duas decisões encontradas não tratam a respeito do assunto, apenas discutindo sobre o despacho saneador (RESULTADO 3). Três decisões não tratam especificamente sobre o tema, mas referem que a audiência preliminar é obrigatória (RESULTADO 4).

Quatro decisões referem ainda que a audiência era dispensável, pois se tratava de matéria especificamente de direito, incidindo a regra do artigo 330, inciso I, do CPC de 1973. Porém, nestas decisões, é dito que a audiência preliminar é facultativa (RESULTADO 5).

Outras três decisões apontam a dispensabilidade da audiência preliminar por ser a matéria exclusivamente de direito, sendo caso de julgamento antecipado da lide (artigo 330, inciso I, CPC de 1973), não sendo mencionado se usualmente a audiência é obrigatória ou facultativa (RESULTADO 6).

Três decisões dizem que a audiência preliminar seria facultativa quando a causa versasse sobre direitos disponíveis e direitos patrimoniais de natureza privada, não indicando quais seriam os dispositivos legais nesse sentido (RESULTADO 7).

Outras três decisões referem que a audiência preliminar é facultativa (RESULTADO 7). Uma decisão não refere que a audiência preliminar seria facultativa, mas cita decisão nesse sentido (RESULTADO 9). Graficamente, os resultados podem assim ser apresentados:



Dessa forma, verifica-se que, em um universo de trinta e duas decisões, apenas sete referiram ser a audiência preliminar obrigatória ou fundamentaram devidamente a dispensa do instituto, apresentando quais seriam as circunstâncias que inviabilizariam a obtenção da conciliação ou qual o direito indisponível que era discutido, representando assim 21,87% das decisões. Vendo por outro ângulo, vislumbra-se que 78,12% das decisões pesquisada demonstraram uma certa resistência à audiência preliminar, o que nos traz o questionamento acerca de como será recebido o instituto da audiência de conciliação pelos atores jurídicos.

5 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Esta aparente resistência à aplicabilidade da audiência preliminar e da tentativa de composição foi tão grande que, no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/05), há um regulamento totalmente diverso, onde são desmembrados os institutos da audiência preliminar e da audiência de conciliação.

O artigo 357, §3º[6], do novo CPC estabelece a audiência preliminar na fase do saneamento do processo, sendo necessária somente quando ocorrer complexidade em matéria de fato ou de direito. Todavia, a grande modificação diz respeito a instituição da audiência de conciliação, estipulada no artigo 334 do novo CPC.

O objetivo da audiência preliminar sempre foi possibilitar a conciliação entre as partes, conforme acima ressaltado. No entanto, em razão desta aparente resistência a aplicabilidade da norma, há agora, no novo CPC, um regulamento mais rígido. O artigo 334 do novo CPC estabelece que:

> Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

UNIVERSIDADE LA SALLE
CANOAS-RS

Na nova regra, deve o juiz designar audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias, onde as partes terão oportunidade de solucionar o seu conflito. O parágrafo 2º do mesmo artigo refere que pode ocorrer mais de uma sessão destinada à conciliação e a mediação, desde que não exceda 2 (dois) meses da data da realização da primeira sessão e que esta medida se mostre necessária para a composição das partes.

Verifica-se, portanto, que o novo CPC traz regulamentações mais impositivas, objetivando garantir a realização da audiência de conciliação, assim como fomentar a tentativa conciliatória entre as partes, inclusive estipulando multa no caso de não comparecimento injustificado das partes na audiência, sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça, conforme preconiza o §8º do artigo 334:

> O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

No entanto, se questiona se tal medida se mostrará eficaz, tendo em vista que se suspeita que há uma resistência dos atores jurídicos em receber e aplicar novas legislações.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

6 § 3o Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Atualmente, vive-se em uma sociedade complexa, com multiplicidade de ofertas e possibilidades, o que resulta em maiores e múltiplas demandas sociais, de modo que, muitas vezes ou quase sempre, o direito não consegue acompanhar a velocidade destas transformações sociais.

Além desta complexidade da sociedade, a nossa Constituição Federal, devida a sua multiplicidade de direitos, torna um desafio a efetividade destes direitos e, por consequência, do acesso à justiça. Deste modo, novas soluções precisam ser encontradas para a persecução deste objetivo.

Um das alternativas encontradas pelo legislador, por meio da reforma legislativa da Lei 10.444/02, foi a instituição da audiência preliminar, que procurava solucionar a lide de uma forma mais efetiva para as partes, através da possibilidade conciliatória. Procurava-se assim uma melhor efetivação do acesso à justiça.

No entanto, embora instituída esta iniciativa por lei, esta não foi muito bem recepcionada pelos doutrinadores e julgadores, que compreenderam que o instituto era facultativo. Na análise de trinta e duas decisões, foi possível perceber que vinte e cinco decisões ou dispensavam a audiência preliminar sem a devida fundamentação ou referiam ser ela facultativa ou sequer adentravam nesta questão, representando 78,12% da totalidade de decisões.

Desse modo, é possível perceber uma aparente resistência na aplicação de inovações legislativas pelos julgadores. Verifica-se também que a audiência preliminar não conseguiu alcançar o objetivo pelo qual era proposta, que era dar uma maior dinamicidade ao direito, assim como encontrar uma solução mais efetiva entre as partes, concretizando o acesso à justiça. O instituto acabou não sendo utilizado e caindo em desuso.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil (NCPC/2015) em 2015, e o início da sua vigência em março de 2016, foi previsto instituto muito semelhante ao da audiência preliminar, qual seja a audiência de conciliação, com algumas regulamentações mais impositivas. Vislumbra-se que a audiência de conciliação também objetiva dar uma maior efetividade aos direitos e, por conseguinte, ao acesso à justiça, fornecendo as partes a possibilidade delas construírem a solução da lide, através da conciliação.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Porém, tendo em vista a aparente resistência que foi apresentada à audiência preliminar, questiona-se e pretende-se observar como ocorrerá a aplicabilidade da audiência de conciliação, e como será a sua recepção pelas partes e pelos atores jurídicos.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sérgio. A reforma do código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105, de 29 de novembro de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 790.090/RR. Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Maria de Nazaré dos Santos Magalhães e Outros. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 02 de agosto de 2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 796.593/RR. Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Almiro José Mello Padilha. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, 19 de junho de 2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 417.899/SP. Recorrente: Telefônica Brasil S.A.. Recorrido: Companhia de Engenharia de Tráfego. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 27 de junho de 2002. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 327.408/RO. Recorrente:João Batista Dias. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Franciulli Neto. Brasília, 05 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Edcl no AgRg no REsp. 724.059. Embargante: Rodoviário Ramos. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 21 de março de 2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Rescisória 9008576-24.2003.26.0000. Autor: Adamides Gonçalves de Moura. Réu: Cruzeiro Factoring Sociedade de Fomento Comercial Ltda. Relator: Justino Magno Araújo. São Paulo, 11 de junho de 2003. Disponível em: www.tjsp.jus.br Acesso em: 03 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo.Agravo de Instrumento 0094482-72.2002.8.26.000. Agravante: Usina Maringá Ind e Com Ltda Agravado: Valéria Miziara Candelero. Relator: Correia Lima. São Paulo, 19 de agosto de 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.br Acesso em: 03 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 0009971-44.2002.8.26.0000. Agravante: Nicola Benedito Guido Antonio Andrea Passaro. Agravado: Banco do Estado de São Paulo S.A. Banespa. Relator: Plinio Tadeu do Amaral Malheiros. São Paulo, 12 de agosto de 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.br Acesso em: 03 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo.Apelação 9058803-91.1998.8.26.000. Apelante: Alvaro Carcao da Veiga. Apelado: Antonio Fernandes da Veiga. Relator: Plinio Tadeu do Amaral Malheiros. São Paulo, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.br Acesso em: 03 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 9033646-48.2000.8.26.0000. Apelante/Apelado: Paulo Candido Costa. Apelado/Apelante: Moacir Sanzovo. Relator: Cambrea Filho. São Paulo, 13 de agosto de 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.brAcesso em: 03 dez 2015

UNILASALLE CANOAS/RS

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 9159138-50.2000.8.26.0000. Apelante: Nobre Seguradora do Brasil S.A.. Apelado: Jacyr Trabanco de Medeiros. Relator: Cambrea Filho. São Paulo, 13 de agosto de 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.br Acesso em: 03 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo Interno 0013184-69.2006.8.19.0208. Agravante: Rigoberto Albuquerque Lima. Agravado: Viação Rubanil Ltda. Relator: Jessé Torres. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 004516-83.2008.8.19.0000. Agravante: Volkswagen do Brasil Industria de Veículos Automotores Ltda. Agravado: Fábrica de Telas Guará Comércio e Indústria Ltda. Relator: Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Rio de Janeiro, 03 de março de 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0022307-02.2007.8.19.0001. Agravante: Irga Lupércio Torres S.A. Agravado: Duque de Caxias Cartório da Dívida Ativa. Relator: Sidney Hartung Buarque. Rio de Janeiro, 17 de julho de 2007. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0030932-20.2010.8.19.0000. Agravante: Bretagne Comercial Ltda em Recuperação Judicial. Agravado: Renan de Macedo Leite. Relator: José Carlos Paes. Rio de Janeiro, 06 de julho de 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0049765-88.207.8.19.0001. Apelante: Ieuzimia da Silva Barbosa Macedo. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Teresa Andrade. Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0032802-39.2006.8.19.0001. Apelante: Armando de Sousa. Apelado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos CEDAE. Relator: Ismenio Pereira de Castro. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2007. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0011678-69.1984.8.19.0001. Apelante: Nilton Carlos Soares e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Célia Maria Vidal Meliga Pessoa. Rio de Janeiro, 10 de junho de 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0002014-36.2006.8.19.0003. Apelante: Uroclyn Serviços Médicos Especializados Ltda. Apelado: Raphael Caldas Amorim. Relator: Vera Maria Soares Van Hombeeck. Rio de Janeiro, 25 de março de 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home Acesso em: 09 dez 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70019133883. Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Imigrante – Comercio de Aparas Ltda. Relator:Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

UNILASALLE CANOAS-RS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70019560226. Agravante: Pedro Minuzzi Uberti. Agravado: Starseg – Comercio e Representações de Comercio de Segurança. Relator:Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 08 de maio de 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 599134251. Agravante: Gagifresa Industria Metalúrgica Ltda. Agravado: Cooperativa Vinícola Aurora. Relator:Osvaldo Stefanello. Rio Grande do Sul, 05 de agosto de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70002877629. Apelante: N.N.. Apelado: U.P.A. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 09 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70007006620. Apelante: Dolores Picolotto de Souza. Apelado: Fundação Universidade de Passo Fundo Relator:Leo Lima. Rio Grande do Sul, 23 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70013374889. Apelante: Leonel Castro Pandolfo Apelado: União Brasileira de Educação e Assistência UBEA Relator: Leo Lima. Rio Grande do Sul, 28 de dezembro de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70003727567. Apelante/Apelado: Jorge Paulo Costa Apelado/Apelante: Flavio Luis Farias Garcias Relator: Ney Wiedemann Neto. Rio Grande do Sul, 28 de abril de 2004. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70038531653. Apelante: João Ademir Caetano de Oliveira. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Rio Grande do Sul, 23 de março de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70001955335. Apelante: Antônio Leonardo Martins Beiriz. Apelado: Escola de Artes do Brasil. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 11 de outubro de 2001. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70012763173. Apelante: Vladi Jorge Jouglard Neutzling. Apelado: Carolina Rolim. Relator: Vicente Barroco de Vasconcellos. Rio Grande do Sul, 28 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70010551547 Apelante: Paulo Ricardo Florence Louge. Apelado: Pampeana Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator: Elaine

UNILASALLE CANOAS-RS

Harzheim Macedo. Rio Grande do Sul, 15 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 7007368921 Apelante: Sérgio Madalozzo. Apelado: Condomínio Edifício Mirador. Relator: Mário Rocha Lopes Filho. Rio Grande do Sul, 18 de março de 2004. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 599345253. Apelante/Apelado: Banco Bradesco S.A.. Apelado/Apelante: Flavio de Lima Pereira. Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior. Rio Grande do Sul, 19 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70010628931 Apelante: Claudio Luis Rorato. Apelado: José Waldemar Schardong. Relator: José Francisco Pellegrini. Rio Grande do Sul, 09 de agosto de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc Acesso em: 29 nov 2015.

CAPPELLETTI, Mauro,GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça. In: CIDADANIA, justiça e violência/ Organizadores Dulce Pandolfi...[et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A audiência preliminar e a sequência do processo. Disponível em: http://www.trf5.gov.br/documento/?arquivo=A+audi%EAncia+preliminar+e+a+sequ%EAncia+do+processo.pdf&tipo=p10/ Acesso em: 04 nov 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. As ações repetitivas e a exigência de soluções complexas. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 23, p. 55-73, 2014.

_____, _____. Judicialização e desjudicialização - Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Revista de Informação Legislativa, v. 199, p. 25-33, 2013.

_____, _____. O mito da sociedade como um projeto jurídico. In: Germano André Doederlein Schartz; Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros. (Org.). O direito da sociedade. 1ed.Canoas/RS: UNILASALLE, 2014, v. I, p. 283-296.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de Sá. O acesso à justiça e o direito à diversidade sexual, de gênero e sexualidade: da Argentina ao Brasil. Revista Includere , v. 1, p. 1-10, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UNILASALLE CANOAS-RS

VIANA, Ulisses Schwarz. Repercussão geral sobre a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNILASALLE
CANOAS-RS

DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL E O NOVO CPC: POR UMA RELEITURA

Paulo Junior Trindade dos Santos

RESUMO: Tem como delinear o Processo Judicial e Democracia Participativa: algumas reflexões. Assim buscando uma construção idearia com a baliza dos mais conceituados processualistas, demonstrando por meio dos mesmos a construção de um processo como instrumento da democracia participativa frente ao Estado Democrático de Direito. Haja vista, a democracia estar por si em constante movimento. De inicio far-se-á a elaboração do que se chamará de Missão do Processo Judicial. Contextualizar-se-á o Processo Judicial ante o Estado Democrático de Direito e as Constituições Contemporâneas de cunho amplamente democrático frente aos os escopos processuais que lhes da sustentação, sendo eles, o escopo político, jurídico, social e humanizador, sendo assim, introjetar-se-á a Democracia participativa dado o novo espírito participativo do individuo. Também analisar-se-á o processo como instrumento Democrático e por fim falar-se-á no Contraditório como elemento cindido no procedimento processual que faz com que ocorra a atual e necessário espírito participativo do indivíduo. Além disso, por vezes mencionar-se-á o processo justo, para sim demonstrar a sua atual importância de forma a não superá-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Democracia. Processo. Instrumento Democrático. Contraditório.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do ora artigo e demonstrar que o processo judicial faz reavivar de democracia participativa por meio do espirito participativo do individuo. Justifica-se pela superação da democracia representativa. Construir-se-á o artigo por meio dos mais renomados e reflexivos processualistas que construíram algo que vai além das teorias tradicionais, trazendo a baila o processo como elemento emancipatório da democracia.

Missão do Processo Judicial. Buscar-se-á pelos ordenamentos jurídicos atuais quais são as suas tendências e influencias para com o processo, haja vista, como Satta alude o processo demonstrar-se como sendo um processo revolucionário. Portanto, é um procedimento público em que transforma-se politicamente em um espaço de debate democrático, assim redimensionando o individou ao um renovado espirito participativo. Também, por ser o processo um procedimento ele passa a ser uma fonte normativa criada pelas sentenças que se realizam judicialmente. Superar-se-á o que se fala em procedimento na sequencia do ora trabalho.

Transcende assim, o processo de seu próprio conceito, sendo ele, "… *por su naturaleza público; políticamente es un espacio de debate democrático, y procesalmente un sistema jurídico en el que convergen situaciones jurídicas diversas*…". Que pelas situações jurídicas de cargas passivas "… *para los sujetos procesales partes y los deberes-poderes para el sujeto procesal supraordinado, el juez, estando íncita la relación entre dichos sujetos en torno a un mismo objeto: la pretensión procesal.*" E ainda, o proceso "… *es también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial.*" (BEDOYA, p. 1-4.). Por fim, deve-se refletir muito quanto a esta premissa: "… es un misterio, el misterio del proceso, el misterio de la vida." (SATTA, 1973. p. 11-12.).

O Estado Democrático de Direito: Democracia Participativa. Observa-se a compatibilização do Direito as Constituições democráticas mais especificamente no que se diz respeito ao Direito Processual. As diversas questões incidem em um processo justo que supera o processo legal, haja vista, que ambos os modelos construídos estão construídos na senda das garantias processuais constitucionais, que de certo modo ocorre uma adjetivação.

Democracia Participativa via Processo Judicial. Nasce esta realidade conformativa com a possibilidade de participação popular através do processo que se coloca como meio de realização da

democracia, dado ao espírito de participação do individuo. Neste ponto, ver-se-á os escopos processuais que lhes da sustentação, sendo eles, o escopo político, jurídico, social e humanizador. Assim, conformando-se todos estes aspectos em um processo justo, tema a ser tratado melhor abordado o tópico que diz respeito ao contraditório. Quanto ao escopo humanizador do processo faz-se necessária sua adequação neste aspecto pois o entendimento perpassa o próprio termo.

Processo Judicial como Instrumento Democrático: Instrumentalidade. Tem como foco aqui demonstrar que esta é um instrumento jurídico delineado pela Constituição em que pelas Democracias Modernas eleva-o também como sendo um instrumento político. Tem-se em vista que em realidade o processo na atualidade, não é somente isto. É por mais do que obvio um processo revolucionário, que adequa-se mais que perfeitamente como um direito público que tem inegável carga política. Ultrapassa o que vinha a lhe formalizar.

Contraditório como elemento da Democracia Participativa. Neste tópico se verá que o processo reveste de um procedimento, onde este procedimento é o que vem a legitimar as decisões estatais, neste caso pela decisão jurisdicional, haja vista, que o contraditório passa a ser uma garantia processual constitucionalizada, que por meio do procedimento estatal garante a participação não processo do cidadão. Busca-se ainda por meio do procedimento em contraditório um processo justo.

Por vezes, os temas imbrincam e defluem, do mesmo modo se seguirá um ordem que diga-se a mais adequada para o ora trabalho.

2 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito carrega intrinsecamente um "caráter transformador" (RAATZ, 2011. p. 25.) que ao "mesmo tempo, a tônica fundada em uma auto determinação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de ser alvo da atuação do Estado." (RAATZ, 2011. p. 25.) Pois o caráter transformador tem como deslinde um Estado Ativo tem como extremo a democracia participativa, haja vista a falha proporcionada, ou melhor, imposta pelos meandros da "democracia representatividade"[1], no que diz respeito sim à eticidade na representação do poder para com a formação do Direito, onde no caso se demonstra inefetivas, essa notada inefetividade (THAMAY, 2011. p. 78-79.) que tem como reflexo a sociedade, que usa-se de suas garantias processuais para com a persecução do ordenamento jurídico.

Portanto, essa dessincroniza na "relação entre a sociedade e o Estado vai refletir a concepção do processo civil que marca o Estado Democrático de Direito. (RAATZ, 2011. p. 25.). Sendo que, este modelo de Estado de Direito ativo, buscando-se assim a aplicação real da democracia seria através do Poder Judiciário - utilizando-se do processo -, onde, tanto a priori quanto a posteriori, há maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção do dito Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado. (THAMAY, 2011. p. 83-84.)

Defende-se que não tem como o objetivo central a derrocada da democracia representativa pela participativa, mas sim, quer-se o reconhecimento do processo como corpo institucionalizado mais próximos dos indivíduos e das sociedades, onde ambos demonstram-se altamente complexas e conflituais, e, além disso, deixando de ser mero cidadão "... das democracias politicas, que pagam com crescentes inquietações sociais essa falta de espaço político deferido ao indivíduo no seu quotidiano, naquilo que se mostra relevante e nos muitos papéis sociais que, nele, é forçado a desempenhar. (PASSOS, 1988. p. 94.) Calmon de Passos, ensina peculiarmente, que:

1Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se. (SILVA, 1988. p. 106.)

> Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública. (PASSOS, 1988. p. 94.)

Pelo acima explanado, far-se-á a analise politico-jurídica "da democracia vigente com vistas a proporcionar, ainda que de maneira singela, uma nova alternativa para o florescimento de um espírito participativo do indivíduo na concretização da democracia contemporânea." (RIBEIRO, 2010. P. 95-96.)

Consequentemente dado o espírito participativo do individuo (assim como ensina Darci Guimarães Ribeiro) via democracia participativa significa a expansão do poder público ascendente que ultrapassará as fronteiras do estritamente politico (no qual o individuo é figurante apenas como cidadão, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone (RIBEIRO, 2010. P. 100.)) para alcançar as relações sociais, considerando o individuo também na variedade de seu status e de seus papeis específicos. (PASSOS, 1988. p. 94.)

> Possono altresí aversi casi in *cui la previsione delle attività di partecipazone* tende ad offrire a soggetti che sono interessati in modo specifico all´emanazione del provvedimento – apure a far assumere all´emanando provvemento um certo contenuto piuttosto che um altro – um´occasione per influire sullo svolgimento del procedimento di formazione di esso e casi nei quali invence la previsione delle attività di partecipazione tende soprattuto a *consentire all´autorità procedente di raccogliere consensi intorno all loro attività, oppure ad individuare meglio le esigenze e gli interessi ala cui cura tale attività, nel secindo di partecipazione passiva, ma le due ipotesi possono altresì coesistere.* (PIZZORUSSO, 1988. p. 26.) (sublinhou-se)

Com toda essa possibilidade de participação popular através do processo que se coloca como meio de realização da democracia, poderá por proporcionar, claramente, a participação e escutar aquilo que os membros de nossa sociedade têm a dizer, abstraindo as suas dificuldades e celeumas, visando sempre a solução eficaz que, sendo colocada em prática, pode gerar, em decorrência do alto nível de participatividade, maior efetividade da justiça, assim realizando a função social de vários institutos de direito material para os cidadãos. (THAMAY, 2011. p. 86 a 87.). Conclui-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica "*... dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre societâ, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di siora degli altri pubblici poteri.*" (WATANABE, 1988. p. 19.)

A atual missão do processo judicial perpassa as conceituações e as formulações até hoje dadas a ele, além de propiciar a participação dos cidadãos (ação individual ou ainda por ações coletivas) que será cada vez mais necessária e mais evidente, faz-se por assim evidenciar que o processo conjectura-se por alguns escopos, sendo eles, "o escopo jurídico, o escopo político (preservação do principio do poder, garantia da liberdade e oportunidade de participação) o escopo sociais (principalmente a pacificação com a justiça)" (DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 412.), e por fim o escopo humanizador. Avalia-se que o processo evidencia o espirito participativo do individuo acostando-se como elemento

intrínseco da democracia, embora saibamos que ela pode ser participativa ou representativa. (THAMAY, 2011, p. 84.).

Antes de mais nada, vale destaca que: o processo construido e-ou arquitetado pelas Cartas Políticas de países de "*orientación democrática, no ha podido dar, en realidad, una fórmula; ha dado soluciones; soluciones ocasionales, de emergencia, tendientes a reparar los grandes, los más violentos desequilibrios, pero sin tocar la estructura misma del sistema*." (COUTURE, 1963. p. 326.) Essas soluções podem ser explicitadas através dos escopos, que a seguir lhes explicitarão.

Quanto ao escopo político do processo, entes de demonstra-lo, é de notável importância corroborar como Portanova que existe uma complementariedade entre o escopo político e o princípio político (o cidadão participativo no núcleo do Estado). Pois, tanto o escopo, quanto o principio político ambos defluem-se diretamente para com o princípio da democracia participativa "... permite que o cidadão atue no núcleo do Estado através do Processo. O processo, dessa forma, cumpre sua finalidade de possibilitar ao cidadão a concretização dos direitos sociais que a ordem jurídica lhe prometeu." (PORTANOVA, 2001. p, 33-34.)

O "princípio político processual"[2], antes mesmo de adentrar diretamente neste aspecto, deve-se salientar que as decisões tomadas pelas instituições reconhecidas pelo Estado detém cunho político, desde a estruturação do Estado Moderno este calcava as decisões somente por meio do Legislativo sendo ele composto por representantes do povo, veja-se que as sociedades complexas e plurais contemporâneas superou-se este modelo de democracia de onde as decisões provinham de uma só fonte, sim o indivíduos "opacos" passaram a reivindicar seus interesses públicos e privados, haja vista as garantias postas nas Constituições do Pós-Guerras, assim por meio do processo judicial aquele indivíduo passa a ser um cidadão ativo que faz abalar até mesmo o modelo democrático tradicional. Portanto, com a democracia participativa, o processo, além de garantir as liberdades públicas, ***é instrumento político relevante de participação*** (DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 412.). Passa o cidadão ativo "atuar no centro das decisões do Estado" (PORTANOVA, 2001. p, 31.) via processo judicial. Justifica essa mudança Calmon de Passos, que:

> Essa mudança radical no modo de o homem compreender a si próprio e ao cosmos exigiria a busca de uma nova fonte de legitimação para o poder político. Descartada a legitimação metafísica, cumpria buscar-se uma outra de natureza social, histórica. E ela, inelutavelmente, teve aquela conotação política que se harmoniza com as necessidade e expectativas econômicas então existentes. (PASSOS, 1988. p. 88-89.)

Apresentou-se o princípio político notando-se que este se volta às formalidades: trata-se de um processo de portas abertas às postulações da cidadania. Diz com o fato de o processo não ser obstáculo para tais pretensões. Já o ***escopo político do processo*** toca mais o mérito. Vai tratar de abertura do processo para, superando esquemas puramente formais, tratar – em seu interior – de temas substanciais. (PORTANOVA, 2001. p, 34 e PASSOS, 1988. p. 83-84.).

> processo a democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessário dimensão política do processo jurisdicional e tornar manifestos os vínculos que o pretendem ao processo econômico. Essa *reflexão adquire relevo*

2O Princípio Político oportuniza o estudo da questão essencial da democracia, que é *participação do cidadão, através do processo*, para a realização de seu direito individual e social. Assim, entende-se aqui como político o poder da *parte de atuar no centro das decisões do Estado*. Neste campo é que se faz o debate do acesso facilitado ao judiciário, da potencialidade do processo ser instrumento para contestar ações e omissões dos poderes do Estado (inclusive do próprio Poder Judiciário). Em suma, *é a abertura que o processo dá para que o cidadão tenha os meios processuais de atuar no centro decisório do Estado*, pondo em questão e vendo discutida e decidida sua pretensão. Com efeito, em contraponto ao Estado centralizador das concepções individualistas, vive-se o enfoque de uma democracia participativa. (PORTANOVA, 2001. p, 31.)

> *neste momento em que nosso País se dispõe a reformular sua organização politica e econômica*, modernizando-a na direção quase unanimemente apontada como a comprometida com o futuro: a democracia participativa. (PASSOS, 1988. p. 83-84.) (grifo nosso).

Contudo o escopo politico do processo encontra-se com o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno Estado (que, na realidade, não deixa de ser também social, tanto quanto o é o jurídico também, precisamente porque o Estado é sempre uma sociedade) (DINAMARCO, 1988. p. 120.).

Quanto ao escopo jurídico do proceso, "*el derecho es un producto depurado y , por así decirlo, cristalizado, de la política*", pois este processo de depuração se desenvolve em dois momentos, Calamandrei passa a explicar, que:

> … la primera fase es legislativa, y posteriormente viene la judicial. Las fuerzas políticas desembocan todas, como un torrente impetuoso que presiona la rueda de un molino, sobre los engranajes de los órganos legislativos; es en el Parlamento donde el choque de la política se aquieta en las leyes. En su trabajo de transformación de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual, sino que se coloca en un plano más alto que el de los episodios individuales, apreciando a distancia los intereses colectivos siguiendo desde lo alto, como en un panoram, la dirección y el movimiento progresivo de las corrientes sociales. (CALAMANDREI, 1960. p. 69-70)

Pelo que se observa, o direito desemboca das decisões políticas tomadas pelo Parlamento, tendo como trabalho a transição "*de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual*" (CALAMANDREI, 1960. p. 69-70), assim

UNILASALLE CANOAS-RS

> … extrayendo de este diagnostico social, hecho no sobre el caso individual sino sobre un gran número de ellos, la previsión de que en el futuro ciertos comportamientos típicos pueden dar lugar a determinados conflictos de intereses entre los co-asociados, establece anticipadamente, de manera general a hipotética, aquello que debe valer como justo para todos los casos que tengan en concreto los caracteres del tipo abstractamente determinado. (CALAMANDREI, 1960. p. 70)

O instrumento de que se vale o poder político para assegurar a efetividade do modelo adotado é o direito[3], pois o direito situa-se "no mundo da cultura, é uma criação do homem, uma das muitas formas pelas quais tenta compreender o existente para sobre ele interagir, conformando-o e direcionando-o no sentido do atendimento de suas necessidades e realização de suas expectativas." (PASSOS, 1988. p. 85-86.).

Conclui-se, que o direito somente "se realiza mediante o consenso dos interessados (processo negocial) ou por via da submissão voluntaria ou autoritativa de um dele" (PASSOS, 1988. p. 86.), assim "não apenas pressupõe o conflito, como tem como uma de suas virtudes naturais." (SILVA, 2006. p. 304-305.)

Além disso, o direito serve de instrumento para o regime político, e que este tem sua incidência direta na democracia, sendo assim, ocorre a "positivação do direito democrático que é elaborada no

---

3Não prescinde ele, portanto, do homem. Nem para a sua formulação nem para sua efetivação. E o meio de que se vale o poder politico para formular e realizar o direito é o processo, em suas várias manifestações. (PASSOS, 1988. p. 85-86.)

recinto discursivo de juridificação procedimental definidora dos critérios de produção, aplicação e garantia de direitos (LEAL, 2002, p.75.76).

A comunidade jurídica passa a se instituir por si mesma por uma auto-inclusao processual no sistema democrático constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico instrumental de uma jurisdição salvadora da realidade hostil à realização de direitos fundamentais (LEAL, 2002, p.30).

Ou melhor, o que se deve produzir no que diz respeito à juridificação procedimental por meio "... das diretrizes políticas a serem seguidas de modo a que os instrumentos jurídicos possam contribuir para o estabelecimento de um Estado democrático," (SILVA, 1988, p.109) orientando-se "... decisivamente para o horizonte da participação política, cada vez mais efetiva e abrangente."(SILVA, 1988, p.109).

Essa orientação que tem como suporte a democracia participativa, passando o individuo a cidadão, tem reflexo direto na produção do Direito, criando-se o que Rosemiro Leal chama de Direito Democrático, onde o processo:

> abre, por seus princípios intuitivos (isonomia, ampla defesa, contraditório, um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-politica. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto-entrega de sua pessoal cidadania no Estado Democrático de direito.(LEAL, 2002, p.150-151).

Por todo exposto, inexiste pureza do direito, pois vê-se contaminado pelo político e o econômico, sendo assim, o processo como instrumento que "parece" ser neutro, estritamente técnico, carregando também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas. (PASSOS, 1988, p.83).

O processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, políticas e econômicas que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente.(PASSOS, 1988, p.86).

A vocação democrática do mundo moderno[4] nasce comprometida com determinado pensamento filosófico, quem embasou a compreensão de mundo e do homem que necessariamente defluiu das expectativas econômicas e politicas (PASSOS, 1988. p. 87.), capitaneadas pelas Revoluções Industriais idealizadas pela classe Burguesa. Destas expectativas, vislumbra-se que "... a politica, a economia e o direito são indissociáveis, interagindo entre si, determinando uma realidade única: a de convivência humana politicamente e organizada." (PASSOS, 1988. p. 86.).

A democracia participativa é ensejadora de legitimidade decisoria no que diz respeito as decisoes políticas, realizando-se as mesmas por meio do processo, Leal alude, que:

> É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre *cidadania como conteudo de processualização* ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instraurarem procedimentos processualizados â correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como mdo de auto-inclusao do legislador-político-orifinário (o cidadao legitimado ao devido processo legal) na dinamica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento

4Em resumo: a democracia direta assenta no convencimento de que todo e qualquer poder, entregue a si mesmo, livre de controles ou fragilmente controlado, degenera, aliena-se, distancia-se, oprime e desserve. Nesses termos, é essencial à democracia participativa institucionalizar controles, pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico. Não a ponto de paralisá-los, fazendo-os inoperantes, mas suficientes para detê-los, quando tornados ameaçadores. (PASSOS, 1988. p. 93.)

> jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada. (LEAL, 2002. p 150.)

A "democracia participativa reclama: participação nas decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil." (PASSOS, 1988. p. 93.).

No que se refere ao escopo social do processo, este vai além da pacificação social por meio do processo, ou melhor, o direito processual "tiene que acudir a ciencias sociales, técnicas y científicas, para que el processo, permanentemente, sea em justicia más útil y eficiente en lá práctica, conforme a la realidad y los problemas de un país." (AIZA, 2010. p. 93.)

Vale aqui mencionar que: "La ciencia procesal y el procesalista deben preocupar-se más que en conceptos y dogmas, en la eficacia del proceso y en las cuasas que la impiden, puesto que hoy la existencia de aquellos es insuficiente para garantizar una adecuada y pronta administración de justicia." (AIZA, 2010. p. 93.).

Ele, o processo, se constitui no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois ele encontra no irrestrito acesso ao judiciário, o contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia (RIBEIRO, 2010. p. 106.). Portanto, vale ainda mencionar que o proceso "depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación entre comunidad e individuo." (AROCA, 2006. p. 152.).

Complemente-se aquí, algo que possa elevar-se assim sendo como um escopo, sendo ele, o escopo humanizador do processo (dimensiona-se a teoria de Sánchez) onde a humanização do processo embrinca-se nos significados próprios do termo: "… 1) humanizar significa respetar la dignidad humana en el proceso; 2) humanizar es actualizar el proceso para adecuarlo a la vida moderna; 3) humanizar es acercar el proceso al ser humano." (SÁNCHEZ, 2012.). Sánchez ensina ainda, que:

> Humanizar en sentido estricto significa *crear una justicia con rostro humano.* Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, entraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial. El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso Kafkiano. (SÁNCHEZ, 2012.)

O escopo humanizador do processo se dá pelas referencialmente como elemento atualizador em que o processo adapta-se "... a las necesidades y características de la vida humana de hoy." (BERTOLINO, 2003. p. 10-11.). Reflete diretamente o ora escopo a um processo justo.

Ve-se uno proceso revolucionário, e arraigar-se en la sociedad, desde el Estado, como "institución jurídico-política". Solo así se podrá concebir —en el ámbito del enjuiciamiento — el principio supremo de la justicia, el cual, pasando de lo individual a lo personal, le posibilita al ciudadano una esfera de libertad para su defensa integral y efectiva. (BERTOLINO, 2003. p. 10-11.). O processo revolucionário como instituição politico-jurídica reflete como instrumento ao espírito do individuo participativo, Calmon de Passos, ensina, que:

> Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis. (PASSOS, 1988. p. 95-96.)

Sofre assim, o processo por sua evolução natural, que passa por uma revolução intrínseca e extrínseca, moldurada pela democracia participativa, vale aquí mencionar Satta, que: En efecto, de la acción la revolución se transporta al juicio, y la antítesis inconcialible se compone en la fórmula: juicio revolucionario, proceso revolucionario, tribunal revolucionario. (SATTA, 1971. p. 14.).

3 CONCLUSÃO

A missão do processo, faz com que se transcenda tudo que lhe parece tê-lo legitimado como instrumento notadamente jurídico, tomando mais que isso a legitimação polítio-jurídica, desenterrando este daquela realidade em que habitava, desde sua formulação inicial em que era visto como mero instrumento de resolução de conflito, na atualidade o Estado demonstra evoluir aceleradamente desde seu amago até mesmo influindo na reformulação de suas instituições e da sociedade. Tanto sociedade quanto as instituições foram submetidas a uma erosão submetida pelo pós-guerra surgindo as Constituições Democráticas erigidas pelos anseios do Estado Democrático de Direito submetendo-se a sua nova conjectura.

Portanto com o Estado Democrático de Direito se impõe muitas transformações, sendo a principal, há que ocorre no seio da sua sociedade em que tornou-se complexa e plural, que ambienta-se em características tipicamente conflituais que perpetram-se diretamente pela via processual tornando este um instrumento realizador da democracia. Ocorre assim que a democracia participativa não é anarquista em meio essa sociedade moderna, mas sim, reflete diretamente no que diz respeito ao espirito participativo do cidadão (ativo). Supera-se a obscuridade do individualismo do Estado liberal de Direito e que este faz-se reativo posteriormente no Estado Social de Direito.

Defendeu-se assim por toda a explanação delineada no trabalho: a utilização do processo judicial, ou melhor pelo processo justo que eleva-se como mecanismo-instrumento efetivador-realizador da democracia direta. Haja vista, que por meio do processo judicial que é um procedimento estatal ele reflete diretamente como sendo uma decisão dos entes institucionalizados. O procedimento garante o contraditório que se reveste na ampla participação dialética no processo.

Ativa-se a democracia participativa pela incidência do novo sujeito com espirito participativo, em que busque este a participação nas decisões das instituições estatais por meio do procedimento, seja processo como instrumento da democracia direta que este lhes garanta o contraditório em um *processo justo*. Vê-se por obvio que a democracia participativa ganha relevo com o processo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. Novo Processo Civil Imantado pelo Constitucionalismo Contemporâneo. V. 18, n. 31. Rio de Janeiro: Revista SJRJ, ago. 2011.

AIZA, Alfonso Guarín. Observaciones sobre el Derecho Procesal. In: HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Actualidad y el Futuro del Derecho Procesal: Principios, reglas y puebras. Faculdad de Jurisprudencia, Uiversidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

AROCA, Juan Montero (Coord.). Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento “justicia” autoritaria. AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BEDOYA, Julia Victoria Montaño. Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pd>. Acessado em:

BERLOLMO, Pedro .L.. El Derecho al Proceso Judicial. Calle, Bogóta: Editorial Temis S. A., 2003.

BERNAL, Antonio Martínez. La misión del proceso en el sistema del derecho. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p.

BERTOLINO, Giulia. Giusto processo civile e giusta decisione. Tese Doutoural. Disponível em:< http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf>.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael. El papel del juez en la democracia: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DENTI, Vittorio. Giustizia e Partezipazione dei Nuovi Diritti. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentabilidade do Processo. 14ª ed., rev., e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido R.. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DOTTI, Federica. Diritti dela difesa e contraddittorio: garanzia di um giusto processo? Spunti per una riflexione comparata del processo canonico e statale. Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico 69.Roma: Pontíficia Universitate Gregoriana, 2005.

FAVELA, José Ovalle. Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado derecho y sociedade. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonóma de México, 1981.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1° ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V.. Direito à Democracia: Ensaios Transdisciplinares. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

UNILASALLE
CANOAS-RS

HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Actualidad y el Futuro del Derecho Procesal: Principios, reglas y puebras. Faculdad de Jurisprudencia, Uiversidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

KAPLAN, Marcos (Compilador). Estado derecho y sociedade. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonóma de México, 1981.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2002.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORO, Paolo (Org.). Il Diritto come Processo: Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione Popolare e Funzione Giurisdizionale. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTANOVA, Rui. Motivações Ideológicas da Sentença. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1987.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

RESTREPO, Sebastián Betancourt. Filosofía del Derecho Processal. Universidad Autónoma Latinoamericana. Faculdad del Derecho. Teoria General del Proceso. Medellín, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. Proceso, Democracia y Humanizacion. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponível em: < http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>.

CANOAS-RS

SATTA, Salvatore. Derecho Procesal Civil III. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1971.

SICHES, Luis Recanséns. Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho. 2ª ed.. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 6ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Processo e Ideologia*:* o paradigma Racionalista. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 47ª ed. 5ª tiragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THAMAY, Rennan Faria. A Democracia efetivada através do Processo Civil. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio. Valencia, Tlrant lo Blllanch, 2005.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A CONSTITUIÇÃO NO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Sônia Beatriz da Silva Chamaniego[1]

RESUMO: O presente estudo busca apresentar uma análise história e conceitual do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, dos princípios constitucionais processuais Cíveis, através de pesquisa bibliográfica. O objetivo do presente trabalho foi verificar as adequações e transformações nos procedimentos realizados na constituição federal e seus reflexos quanto a razoável duração do processo. Com isso, evidenciou-se que os princípios propiciam ao jurisdicionado a finalidade do preceito legal à tutela mais adequada, reconhecendo e realizando o direito material de forma célere, satisfatória e segura.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalização direito civil. princípios constitucionais processuais.

1 INTRODUÇÃO

O direito Constitucional e a teoria da Constituição passaram por uma revolução profunda e silenciosa nas últimas décadas. Disso resultou um conjunto amplo de transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo.

Primeiramente através de uma pesquisa bibliográfica, será desenvolvida uma visão geral e histórica do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Tal fenômeno reflete a interpenetração dos enunciados do Direito Público, notadamente dos influxos constitucionais em seus institutos, voltados a um paradigma da igualdade material e autonomia relativa, no exercício da liberdade. Processo caracterizado pela fragmentação do direito infraconstitucional, simbolizando a coexistência de diversos subsistemas jurídicos que se põem junto ao Código Civil; o qual, naquele momento, deixa de exercer o papel patriarcal.

Em consonância através dessa pesquisa bibliográfica, será analisada a importância dos princípios constitucionais processuais e suas aplicações para concretização da efetividade dos procedimentos jurídicos.

O objetivo do presente trabalho foi verificar as adequações e transformações nos procedimentos realizados na constituição federal e seus reflexos quanto a razoável duração do processo.nos

2 A ORIGEM DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Constitucionalização do Direito é um fenômeno decorrente das transformações do Estado, da Sociedade e do Direito, para melhor compreensão deste instituto, passamos a verificar seu contexto histórico.

Para Barroso (2015), a constitucionalização do direito teve como antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional. Esse percurso não se desenvolveu de maneira simultânea ou uniforme em todos os sistemas jurídicos, sem prejuízo de ser proveitoso tentar mapear suas origens. Antes disso, porém, vale fazer um breve comentário a respeito de três experiências constitucionais marcantes — sobretudo pela influência que exerceram ou exercem sobre o direito de inúmeros países —, mas que, por razões diversas não se alinham nesse movimento de constitucionalização. Cuida-se das experiências do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França (BARROSO, 2015, p. 392).

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que

1 Discente do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle – Unilasalle; *soniachamaniego@yahoo.com.br*.

ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o "*Human Rights Act*", incorporando ao direito interno Convenção Europeia de Direitos Humanos. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês (BARROSO, 2015, p. 392).

No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da constituição. Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana — a mesma desde 1787 — teve desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em O federalista e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte (BARROSO, 2015, p. 392).

Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (BARROSO, 2015, p. 378).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores (BARROSO, 2015, p. 393). O sistema Jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais (BARROSO, 2015, p. 394).

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira "revolução de ideias", especialmente no Direito Civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação (CORNELOUP, 2005, p. 87-88). De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homo afetivas e direito dos contratos. Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948 (BARROSO, 2015, p. 393).

O processo de constitucionalização do direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 1960, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas preceptivas, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de princípio ou programáticas, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário (BARROSO, 2015, p. 393).

Somente com a instalação da Corte Constitucional — e, aliás, desde a sua primeira decisão — as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como "guerra das cortes" (BARROSO, 2015, p. 396).

A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor (BARROSO, 2015, p. 396).

Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério, uso do nome do marido e direitos sucessórios de filhos ilegítimos, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no Direito do Trabalho e no Direito de Família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime da adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada "descodificação" do Direito Civil (BARROSO, 2015, p. 397).

Na França, o processo de constitucionalização do direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional (BARROSO, 2015, p. 397).

Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a impregnação da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição. Tal processo de constitucionalização do direito cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação (BARROSO, 2015, p. 398).

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

A Constituição de 1988 tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte — saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil — levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa (BARROSO, 2015, p. 399).

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição (BARROSO, 2015, p. 399). A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o Direito Administrativo, Civil, Penal, do Trabalho, Processual Civil e Penal.

Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante (BARROSO, 2015, p. 400). Trata-se da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS SISTEMAS DE ATUAÇÃO E PRÁTICA

A constitucionalização do direito reflete sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2015, p. 403).

Segundo Barroso (2015, p. 403) esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem: a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas

infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador ou do administrador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma — geralmente a mais óbvia — e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. (BARROSO, 2004, p. 189)

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia (BARROSO, 2005).

De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria. As modernas técnicas de interpretação constitucional — como é o caso da interpretação conforme a Constituição — continua vinculada a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos (BARROSO, 2005).

A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, que permanece no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário preserva a ordem constitucional prestando máxima deferência às manifestações dos demais Poderes. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo.

A constitucionalização do Direito opera-se de forma peculiar em cada ramo. Para fins visados no presente estudo, interessa mais precisamente como tem se dado o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

CANOAS-RS

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A conexão entre o direito constitucional e o direito civil passaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804 (BARROSO, 2015, p.405).

Independente da atualidade dos dois institutos, direito constitucional e direito civil não se integrava nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

1ª fase: Mundos apartados.

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a "Constituição do direito privado" (BARROSO, 2015, p.405). Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado (GOMES, 1999, p. 26 e PEREIRA, 2004, p. 18).

2ª fase: Publicização do direito privado.

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado (BARROSO, 2015, p.406).

3º fase: Constitucionalização do direito civil

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma" (TEPEDINO, 2000). A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam (BARROSO, 2015, p.407)

O primeiro deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III) (BARROSO, 2015, p. 408). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. supra), que superou a rigidez da dualidade público privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil (SARMENTO, 2004; PEREIRA, 2005).

As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais: a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas; b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado. O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto (BARROSO, 2015, p. 409).

Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais) (BARROSO, 2015, p. 410).

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável (TEPEDINO, 2004). Ainda se

levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e elevam os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista (BARROSO, 2015, p. 410).

6 A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE CUNHO PROCESSUAL CÍVEL

6.1 A Constituição Federal De 1988

O ordenamento jurídico não é composto exclusivamente de leis, costumes e decisões jurisprudenciais, mas se alimenta de princípios diversos, que se mostram, muitas vezes, essenciais à perpetuação e andamento da ciência jurídica. Nesse aspecto, os princípios passam a atuar como verdadeiros sustentáculos às normas, afastando-se de formalismos desnecessários e hierarquias inflexíveis.

A constituição de 1988 contempla inúmeros princípios de cunho processual que informam as relações jurídicas estabelecidas. Partindo-se da noção de estado democrático de Direito e suas interações com a jurisdição e a segurança jurídica, é importante considerar como linha argumentativa que dentro de seus respectivos campos de atuação, os normativos de cunho processual presentes no texto constitucional possuem caráter valorativo ímpar de elevada importância, especialmente aqueles que conferem ao jurisdicionado as garantias processuais inerentes ao desenvolvimento de uma relação jurídica isonômica e justa.

Humberto Ávila (2006, p. 78) define o princípio como uma espécie normativa. Trata-se de uma norma que estabelece um fim a ser atingido. Se essa espécie normativa visa a um determinado "estado de coisas, e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos" esses comportamentos passam a constituir necessidade prática sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza" (ÁVILA, 2006, p. 79).

Com base no pensamento de Humberto Ávila: "os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários a realização de um estado de coisas, ou inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamento a ele necessário" (ÁVILA, 2006, p. 80). Neste contexto é que ganha importância a correta intelecção dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da duração razoável do processo. São os referidos princípios que possuem relação intrínseca com a garantia do curso processual de forma adequada para o alcance da prestação jurisdicional almejada.

A concretização da ordem constitucional está relacionada com a dinâmica processual, o que aponta para a relevância da correta compreensão dos princípios constitucionais de cunho processual.

6.2 Princípio do devido processo legal

O inciso IV do art. 5º da Constituição Federal prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens" (BRASIL, 1988).

A locução "devido processo legal" corresponde a tradução para o português da expressão inglesa *due procesess of Law*, porém significa Direito não lei ("*statute Law*"). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não, apenas em consonância com a lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei. Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por "*equitativo*", os italianos, por processo *giusto*. Na Europa utiliza-se muito também a expressão *fair Trial*. Desse enunciado normativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo, etc.) (DIDIER JR, 2013, p. 45).

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo, as normas administrativas, após um processo administrativo, as normas individualizadas jurisdicionais, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem observância ao devido processo legal. Pode-se então falar, em devido processo legal legislativo, devido

processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder (DIDIER JR., 2013, p. 45).

6.3 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, tratando-se de garantia processual dirigida aos litigantes, seja em sede judicial, seja em sede administrativa, bem como ao julgador da causa (BRASIL, 1988).

Num sentido mais primitivo, o contraditório pode ser relacionado com a faculdade que as partes litigantes possuem de apresentar em juízo a contraposição às alegações apresentadas pela outra parte da relação processual, de tal modo que possam participar da decisão judicial. Neste sentido, o comando constitucional está relacionado com a ideia de equilíbrio argumentativo, para fins de que o julgador, antes de proferir a decisão judicial a ser alcançada.

6.4 O princípio da ampla defesa

Quanto ao princípio da ampla defesa, seu assento no texto constitucional está previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição federal de trata do princípio do contraditório, relacionando-se com esse princípio de forma intrínseca (BRASIL, 1988). Ampla defesa está relacionada com a atividade da parte de dar fundamento para as alegações apresentadas no momento do exercício do contraditório sobre determinada questão, conferindo apropriado substrato para eventual acolhimento dos argumentos apresentados ao julgador, caso convencido para tanto. Neste sentido, é que as provas das alegações realizadas com vistas ao exercício da influência do juiz podem ser consideradas como fundamento primordial da ampla defesa prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A doutrina distingui ambas as garantias, embora reconheça que entre elas há forte conexão.

No entendimento de Delsomar Mendonça Jr.:

> (...) são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem ampla defesa. Igualmente é licito dizer que não há defesa sem contraditório, (...) O contrário é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta realiza através do contraditório (MENDONÇA JR, 2001, p.55).

Para Nelson Nery Jr.:

Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito a prova dessas alegações. De nada adiantaria garantir-se a ele com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com outra, o direito de fazer provas das alegações. O direito a prova, pois esta imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável. O destinatário da prova é o processo, de modo que a parte tem o direito de realizar a prova do fato controvertido ou, conforme o caso, do direito alegado para que o processo adquira essa prova para ser analisada e apreciada livremente pelo juiz, que julgará a causa de acordo com seu livre convencimento motivado (NERY JR., 2012, p. 260).

Para Rui Portanova o princípio da ampla defesa implica em uma gama de extensa de faculdades a serem conferidas pelo jurisdicionado como forma de dar aplicabilidade, então vejamos:

Assim, o princípio da ampla defesa, para atender perfeitamente aos termos constitucionais, mais do que nunca, deve ser cuidadosamente informado pelo princípio da efetividade social do processo. Exige-se interpretação a mais abrangente possível. Não bata só o direito de defender-se, é indispensável para que a defesa seja plena, que parte tenha liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á paridade de partes no processo (PORTANOVA, 2008, p.127).

No exercício da ampla defesa no curso da relação processual e material ao jurisdicionado, no momento em que facultado o exercício da proteção do direito pretendido por meio de alegações e oposições as mais diversas, desde que devidamente embasadas e pertinentes ao caso concreto em exame.

6.5 Princípio da duração razoável do processo

O princípio da razoável duração do processo está estabelecido no inciso LXXVLLL do art. 5º da Constituição federal, considerado como uma garantia processual, através da Emenda Constitucional

45/2004, a qual buscava conferir efetividade na prestação jurisdicional e cesso qualificado a justiça (JOBIM,2012, p. 70).

O princípio da razoável duração do processo é uma indicação de relação estreita com a noção de acesso qualificado a justiça. Isso, porque, ao apontar para a necessária razoável duração do processo, relaciona-se esse comando com a possibilidade de aceleração de tramitação do feito com os meios necessários para tanto. Ou seja, a duração razoável do processo se daria com a celeridade na tramitação do feito, mas pautada por meios ou instrumentos que alcancem esse desiderato de forma pertinente, não se acolhendo a rapidez da marcha processual como um objetivo único a ser alcançado pelo estado-juiz. Neste sentido, Nelson Nery Jr.:

Trata-se de desdobramento do princípio do direito de ação (CF 5º XXXV), que definimos como garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional adequada (...) O princípio da razoável duração do processo possui dupla função porque, de um lado, respeita o tempo do processo em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final, com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo.

O princípio da razoável duração do processo deve ser considerado como um comando dirigido para efetividade da prestação jurisdicional, mas com ponderação acerca das medidas necessárias para que tal aceleração na obtenção da decisão judicial final não seja obtida em detrimento da segurança para tomada de uma adequada solução do mérito em discussão.

Considerando o objetivo posto para o processo, é inquestionável que a duração razoável do processo faz parte de um conjunto maior de normas constitucionais de cunho processual juntamente com a efetividade processual (JOBIM, 2012, p.107).

O termo médio aqui referido pode ser obtido com base na noção de que a duração razoável do processo é materializada no momento em que o jurisdicionado obtém a tutela jurisdicional de forma tempestiva e adequada para o caso em concreto através de um processo justo. Isto pode ser exemplificativamente, com as modificações na seara civil subsequente a EC nº 45, com destaque para as leis nº 11.415/2006 e 11.672/2008, que introduziram o rito dos recursos repetitivos para a solução em massa dos recursos extraordinários e especial, verdadeiros filtros recursais a conferir mais efetividade na atividade do Estado-Juiz (MARINONI, 2006, p. 222).

Logo, a duração razoável do processo é um princípio constitucional em referência que ganha importância e merece ser compreendido, para fins que sirva de baliza para novos instrumentos processuais serem criados ou inspiração para aperfeiçoamento daqueles já existentes, de modo que permita alcançar a noção de processo justo, tratando-se de norma constitucional de referência para Estado-juiz e para Estado-Legislador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional está realmente ligado na busca da efetividade e realização da justiça social, como sinalizamos no início dessas reflexões. A análise da constitucionalização e dos institutos e princípios processuais, busca a efetividade, entendida como a realização da finalidade precípua do processo. Com isso, propicia ao jurisdicionado a finalidade do preceito legal à tutela mais adequada, reconhecendo e realizando o direito material de forma célere, satisfatória e segura. Assim, oferecendo de forma adequada a prestação jurisdicional para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Prefácio*: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. vii-xviii.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção de novo Modelo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l'Alemagne. In: Michel Verpeaux, Code civil e constitution(s), 2005.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2013.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 1999.

JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDONÇA, JR., Delsomar. *P*rincípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, v. I, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, 2005.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo *Civil*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2000.

_____O direito civil e a legalidade constitucional. Revista Del Rey Jurídica13:23, 2004.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITO

CANOAS, 2016.

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO

Valquiria P. Cirolini Wendt[1]
Emerson Wendt[2]

RESUMO: O texto analisa, a partir da crise do sistema jurídico monista estatal, a proposta de um novo paradigma, o pluralismo jurídico, pois a teoria crítica propôs novas alternativas ao identificar as necessidades e/ou deficiências dos paradigmas vigentes e de maneira a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social. Assim, o objetivo deste estudo, com enfoque nos novos movimentos sociais, é discutir sobre a atuação de novos sujeitos sociais como uma nova fonte de produção jurídica diante da ineficácia do sistema jurisdicional e a desatualização da legislação positiva dogmática.A metodologia empregada baseia-se na revisão bibliográfica e tem como referencial teórico a doutrina do pluralismo jurídico desenvolvida Antônio Carlos Wolkmer. O método de análise utilizado será o dedutivo partindo-se da análise da crise do sistema monista Estatal e, deste modo, verificando-se a eventual necessidade de um novo paradigma e a participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Crise. Monismo Estatal. Movimentos Sociais. Pluralismo Jurídico. Sujeitos. Sociais.

1 INTRODUÇÃO

> Somos sujeitos necessitados e queremos realizar nossas necessidades e nos tornarmos cada vez mais ricos em necessidades [...] os direitos são medicamentos para os bens (incluindo objetos e relações), que satisfazem as necessidades individuais e coletivas (RUBIO, 2014, p. 39).

Vivemos na sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade, com um elevado aumento de demandas e, consequentemente, dificuldade do sistema Estatal em apresentar soluções adequadas para solucioná-las. Neste contexto, o paradigma do monismo estatal entra em crise e defensores da teoria crítica apoiam a criação de um novo paradigma, de um pluralismo jurídico. Para tanto, novos sujeitos sociais surgem como atores em busca de uma nova forma de produção legislativa e jurídica. Neste artigo, tratar-se-á especificamente sobre os novos movimentos sociais.

Deste modo, o objetivo deste estudo é apresentar uma discussão sobre a crise do sistema monista estatal e proposta de um pluralismo jurídico como um novo paradigma, com a atuação de novos sujeitos sociais, na perspectiva de Antônio Carlos Wolkmer. Assim, como o problema de pesquisa, sob a perspectiva de um pluralismo jurídico, questiona-se qual a importância da atuação dos novos sujeitos sociais, em especial os novos movimentos sociais.

Neste sentido, partindo da constatação da crise do sistema jurídico estatal, será abordada a proposta de um novo paradigma jurídico. Assim, tratar-se-á sobre o pluralismo jurídico como uma alternativa para um novo paradigma, oportunizando a atuação direta da sociedade, por meio de novos sujeitos sociais, como mecanismos eficazes para atingir os objetivos de solucionar seus conflitos e atender suas demandas.

---

1 Mestranda em Direito (Unilasalle, Canoas-RS). Graduada em Direito - pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Inspetora de Polícia no RS; *E-mail*: valquiriaw@hotmail.com
2 Mestre em Direito (Unilasalle, Canoas-RS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Delegado de Polícia no RS; *E-mail:* emersonwendt@gmail.com

Para tanto, a metodologia empregada neste estudo basear-se-á na revisão bibliográfica de livros e periódicos. Terá como referencial teórico a doutrina do pluralismo jurídico, desenvolvida Antônio Carlos Wolkmer. O método de análise utilizado será o dedutivo partindo-se da análise da crise do sistema monista Estatal e, deste modo, verificando-se a eventual necessidade de um novo paradigma e a participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos.

2 A CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO E A CRISE NO SISTEMA JURÍDICO ESTATAL

Vivemos uma crescente complexidade do mundo contemporâneo e, consequentemente, esse contexto coloca o Estado em situação de crise, de modo que, o seu principal instrumento de controle, o direito estatal, resta atingido, ou seja, enfrentamos o esgotamento e crise do atual paradigma da dogmática jurídica tradicional, com domínio do formalismo monista e dependência da produção legal do Estado Moderno (WOLKMER, 2015b).

Nesta conjuntura, o paradigma do monismo jurídico não é mais suficiente para dar conta da pluralidade das situações que surgem na sociedade atual, como nos ensina Rubio,

> [...] as normas tradicionais assentadas em pretensões de homogeneidade, promulgadas com base nos princípios da impessoalidade, generalidade e abstração e de rigor semântico, organizadas a partir de um sistema unitário, lógico, fechado e hierarquizado, coerente, sem lacunas e antinomias, são excessivamente simples para dar conta da pluralidade das situações sociais, econômicas e culturais cada vez mais diferenciadas. A complexidade socioeconômica e a crescente desigualdade dos conflitos, tanto a nível supranacional como infraestatal, como também no interior do próprio direito positivo estatal, mostram a perdida capacidade de regular e disciplinar nossas sociedades e o surgimento de outras expressões de pluralidade jurídica rompem o monopólio estatal. (RUBIO, 2014, p. 40).

No entanto, antes de avançarmos é necessário compreendermos o significado dos termos "paradigma" e "crise". O que se entende por "paradigma" e "crise"?

Wolkmer utiliza a ideia de Thomas S. Kuhn para explicar o significado de *paradigma*. É ele um modelo científico correspondente da verdade, sendo aceito e que predomina em determinado momento da história, "tratando-se de práticas científicas compartilhadas que resultam de avanços descontinuados, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas" (KUHN *apud* WOLKMER, 2015a, p. 26).

Por sua vez, *crise* é, segundo Wolkmer (2015a, p. 26), o aumento das "contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes".

Assim, o monismo jurídico estatal, que tem por *paradigma* que a sistemática legal é ditada pelo Estado, ou seja, de que não há direito fora do Estado e sem a participação direta do mesmo, vive um momento de *crise*, um processo de transformação, pois este sistema não é mais capaz de dar conta das demandas da sociedade atual. Como nos apresenta Rubio,

> [...] as normas tradicionais assentadas em pretensões de homogeneidade, promulgadas com base nos princípios da impessoalidade, generalidade e abstração e de rigor semântico, organizadas a partir de um sistema unitário, lógico, fechado e hierarquizado, coerente, sem lacunas e antinomias, são excessivamente simples para dar conta da pluralidade das situações sociais, econômicas e culturais cada vez mais diferenciadas. A complexidade socioeconômica e a crescente desigualdade dos conflitos, tanto a nível supranacional como infraestatal, como também no interior do próprio direito positivo estatal, mostram a perdida capacidade de regular e

> disciplinar nossas sociedades e o surgimento de outras expressões de pluralidade jurídica rompem o monopólio estatal. (RUBIO, 2014, p. 40).

A ineficácia da estrutura jurídica monista estatal para atender à pluralidade de demandas e conflitos que surgem na sociedade atual também é apontada por Wolkmer (2006, p. 2017) como motivação para discussão e busca de alternativas para o sistema jurídico monista:

> Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade).

Deste modo, o pensamento "crítico" surge não apenas como uma avaliação crítica ao que está estabelecido, mas no sentido de trabalhar na direção de uma nova existência, de algo novo, ou seja, tem a "função de provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local ou global)" (WOLKMER, 201-, p.5).

A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem e de sociedade, de maneira a aplicar, de forma integrada, a teoria, a produção e a prática contemporânea, como bem nos ensina Wolkmer (2015a, p. 48/49):

> Assim, compartilhando as mudanças de paradigmas que se vêm processando na filosofia das ciências e nas ciências humanas, urge integrar nessa direção à teoria, a produção e a prática jurídica contemporânea. Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicional, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma do Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Lefort, proteger a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça.

Como vimos o dinamismo é uma característica da sociedade contemporânea e se espera que dinâmico também seja o direito. Neste sentido, aumentam as manifestações contra a permanência da exclusividade do direito estatal para a resolução de seus conflitos. Consequentemente, defendem a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, ou seja, defendem a existência de um pluralismo jurídico, conforme observação de Boaventura de Sousa Santos:

> Uma das expressões mais incisivas do pensamento jurídico crítico é a contestação da exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico. A concepção moderna de direito enquanto direito do Estado levou a uma grande perda de experiência e da prática jurídica e legitimou um "juridicídio" massivo, isto é, a destruição de práticas e concepções jurídicas que não se ajustavam ao *Canon* jurídico modernista. De um ponto de vista sociológico, as sociedades são jurídica e judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais, e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos. (SANTOS, 2011, p. 114).

É, então, manifesto que o modelo jurídico monista estatal encontra-se em crise e que já não é mais eficaz para atender as necessidades das atuais sociedades de massas, que precisam enfrentar

questões de natureza das mais diversas. E por conta dessa crise é que a teoria critica desempenha um papel importante e essencial nesse processo de mudança, de transição para um novo paradigma jurídico que vem romper com o monismo estatal com o objetivo de traçar novas alternativas para os paradigmas vigentes e buscar um novo modelo jurídico.

3 A PROPOSTA DE UM NOVO PARADIGMA - O PLURALISMO JURÍDICO

O paradigma jurídico monista estatal, visto anteriormente, como aquele onde se identifica o Estado como sendo a única fonte de Direito, de lei, é o modelo que tem dominado, oficialmente, a partir do final do século XX, tanto os países industriais avançados (Europa central e EUA), como os países em desenvolvimento da periferia (América Latina, África e Ásia), independente do enquadramento dessas sociedades em estruturas sociopolíticas capitalistas de livre mercado ou de planificação econômica estatal (WOLKMER, 2015b, p. 86).

Entretanto, vivemos contemporaneamente a globalização mundial, novo modo de vida, outras modalidades de convivência, outras formas de relações sociais, outras necessidades de regulamentações das práticas emergentes e instituintes. E, nesse sentido, o grande desafio é como participar deste contexto onde a ênfase não estará mais no Estado e no Mercado, mas sim na Sociedade Civil enquanto novo espaço público de efetivação da pluralidade democrática, sem deixar de estar integrado e atuar ativamente no plano cultural da legitimidade local.

Conjunturalmente a teoria crítica vem desempenhando uma função importante neste processo, pois se trata de uma teoria dinâmica e necessária para que o desenvolvimento científico possa ser capaz de identificar as necessidades/deficiências dos paradigmas vigentes, vindo a propor novas alternativas, de modo a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social. Conforme conceituação dada por Wolkmer é este o papel da teoria crítica, pois é

> [...] o instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes, subalternos e colonizados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos de resistência que conduzem à formação de novas sociabilidades possuidoras de uma concepção de mundo libertadora, antidogmática, participativa, criativa e transformadora. (WOLKMER, 2015a, p. 29).

Assim, no intuito de contribuir para a criação de propostas alternativas ao sistema em crise, a teoria crítica aponta como um novo paradigma do direito a ideia do pluralismo jurídico. Para Wolkmer (2015b, p. 65), ao contrário do que ocorre no monismo, onde há a "consagração que todo o Direito é criação do Estado e, por conseguinte, todo Direito Estatal é Direito Positivo", com o pluralismo jurídico não apenas se deixaria de "associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado e, mais ainda, que pode existir até Direito Positivo sem Estado e equivalente ao do Estado".

Na mesma linha de conceituação, Wolkmer informa que não há uma definição única para o que se entende por pluralismo jurídico, mas, para os propósitos da obra "Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito" opta por adotar o seguinte conceito: "[...] multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais" (WOLKMER, 2015b, p. 257).

Entretanto, cabe ressaltar que pluralismo jurídico não surgiu apenas com o fim imotivado de contrapor a doutrina do monismo jurídico, todavia deve-se considerar que a própria insuficiência do monismo estatal fez com que surgissem outros centros geradores de produção jurídica, através de meios normativos diversos dos convencionais.

Para Rubio há duas razões fundamentais para justificar que a cultura deva assimilar e incorporar o paradigma pluralista de direito:

> a) porque permite uma melhor interpretação da complexidade dos atuais acontecimentos que o contexto da globalização está provocando sobre o jurídico; e b) porque em sua versão emancipadora, o direito tanto estatal como não estatal pode ser instrumento do serviço dos coletivos mais desprotegidos e mais vulneráveis. Isto é, há que se ter clareza de que não existem instâncias salvadoras que possam manter a margem as influências das relações de poder. (RUBIO, 2014, p. 43).

Ademais, evidencia-se que esse novo paradigma do pluralismo jurídico surge como uma corrente doutrinária com objetivos revolucionários e com tendências que visam, indiscutivelmente, ao rompimento do paradigma dominante identificado com o monismo jurídico, ao mesmo tempo em que ressalta a participação dos novos sujeitos sociais, na medida em que estes são os representantes principais dos diversos centros de produção de norma jurídica, independentemente do Estado.

Em tal sentido, Rubio (2014, p. 40) ressalta que a unicidade e hegemonia do direito estatal são desafiadas pelos novos sujeitos sociais, afirmando que "Novas fontes de direito, novos sujeitos e atores em todas as escalas espaciais (locais, regionais, nacionais, globais) e novos direitos desafiam a unicidade e hegenomia do direito estatal, tornando-se insuficiente e deficiente".

Enfim, podemos afirmar que o pluralismo jurídico se traduz em uma mudança dos paradigmas do modelo jurídico monista, contanto com a participação democrática e efetiva de diversos setores da sociedade, objetivando a criação de novas regras de normatividade social, no sentido de se adaptar a uma sociedade complexa e desigual e, deste modo, almejando a construção de uma teoria jurídica ampla, flexível e adaptável às constantes mudanças da sociedade, consequentemente, às mais variáveis exigências dos diversos grupos que compõe a sociedade contemporânea.

4 A EMERGÊNCIA DOS NOVOS SUJEITOS SOCIAIS

Vê-se que surge a proposta de um novo paradigma jurídico, o pluralismo jurídico, visando outras práticas normativas, que não apenas as estatais. Esse novo modelo permite a participação de novos sujeitos sociais na geração de Direitos, deixando de ser uma atividade exclusiva dos órgãos representativos do monopólio Estatal. Neste contexto, nos ensina Wolkmer (2008, p. 186),

> Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.
> Diante dessa nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, de caráter neo-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade. (Wolkmer, 2008, p. 186).

Deste modo, os novos sujeitos sociais buscam a satisfação das necessidades humanas.[3] Neste sentido, Wolkmer (201-b, p. 1) afirma que ao considerarmos que a própria sociedade (urbana e rural) é

3 Para Wolkmer (201-a, p.12)"A estrutura das necessidades humanas (existenciais, materiais e culturais) que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto

capaz de ofertar novas fontes de produção jurídica, é perfeitamente compreensível que os novos sujeitos sociais possam ser atores de um processo de regulamentação e controle social em função das contradições, interesses e necessidades que enfrentam na sociedade atual. O autor salienta ainda que "este direcionamento ressalta a relevância de se buscar formas plurais de fundamentação para a instância da justiça oficial, contemplando uma construção comunitária solidificada em plena realização existencial, material e cultural de atores emergenciais".

Mas quem são esses "novos sujeitos sociais" e quem eram os "velhos sujeitos sociais"?

Em síntese, para Wolkmer (201-b, p. 2-3) os "velhos sujeitos sociais" eram, na tradição liberal-nacionalista, o "sujeitos em si", o "sujeito privado", ou seja, aquele que se adapta às condições do objeto dado e à realidade global estabelecida. Enquanto que o "novo sujeito social" é o sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social.

É a mobilização do "novo sujeito" histórico coletivo articulando-se em torno do sofrimento – às vezes centenário – e das exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária das necessidades humanas fundamentais de grandes parcelas sociais excluídas, dominadas e exploradas da sociedade.

Assim, considerando o sujeito enquanto identidade que envolve o "novo" e o "coletivo", que se privilegiam, numa pluralidade de sujeitos, os chamados movimentos sociais são considerados sujeitos detentores de uma nova cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos que já tenham sido conquistados e, ainda, como uma nova fonte de legitimação da produção judiciária.

> As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida (WOLKMER, 201-a, p. 12).

Dessa maneira, diante da ineficiência do Estado, urge uma nova realidade de exclusões, carências e necessidades materiais onde "novos sujeitos" (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) passam a atuar como atores em busca de uma nova forma de produção legislativa e jurídica (WOLKMER, 2008, p. 191).

Entretanto, estes novos sujeitos, os movimentos sociais, não se organizam com pretensão de conquistar o Estado, mas sim, com a finalidade de transformá-lo. Castells pondera esses interesses e destaca a interação sistêmica dessa necessidade de adaptação:

> Quando as sociedades falham na administração de suas crises estruturais pelas instituições existentes, a mudança só pode ocorrer fora do sistema, mediante a transformação das relações de poder, que começa na mente das pessoas e se desenvolve em forma de redes construídas pelos projetos dos novos atores que constituem a si mesmas como sujeitos da nova história em processo. (CASTELLS, 2013, p. 170).

Esses "novos sujeitos" são grupos marginais em relação aos padrões de normalidade sociocultural e jurídica de uma determinada sociedade, ou seja, são formados, especialmente por minorias excluídas (negros, LGBTs, índios, mulheres, idosos etc.) e que adotam uma atitude de oposição ao que é determinado pelo paradigma vigente. Deste modo, tornam-se reconhecidos como uma nova fonte de produção jurídica.

à constante "ausência" ou "vazio" de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação".

5 OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Primeiramente, diante de tantas possibilidades de manifestações agregadoras de interesses sociais e que podem ser qualificadas de movimentos sociais, para fins deste artigo vamos tratar sobre um tipo específico, ou seja, aqueles que são capazes de se tornar legitimados como sujeitos de produção legal não estatal, denominados de "novos movimentos sociais".

Esses novos movimentos sociais devem ser entendidos, na conceituação utilizada por Wolkmer (2015b, p. 130) como

> *sujeitos históricos transformados (em sentido individual e coletivo), advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de "institucionalização", imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais*. (destaques do autor)

A existência de movimentos sociais não é recente e, no contexto da moderna cultura política ocidental, é possível perceber a existência deles em diferentes épocas. Porém, conforme nos ensina Wolkmer (2014b), o grande impulso que tiveram foi durante a era industrial burguês-capitalista e predominaram até o final do século XX, sendo formados na maioria pelos operários e muitas vezes influenciados pelos princípios do socialismo, do marxismo e do anarco-sindicalismo. Eram grupos formados por pessoas que pertenciam a segmentos populares urbanos, camponeses e camadas médias e, portanto, privilegiavam especialmente questões de teor material e econômico, calcados em relações instrumentais imediatas, agindo sob formas tradicionais de atuação (clientelísticas, assistenciais e autoritárias) e mantendo relações de subordinação aos órgãos institucionalizados (Estado, partido político e sindicato).

Destaca-se que ao longo das décadas de 70, 80 e 90 do século passado movimentos sociais emergem e lhes é reconhecida a possibilidade de construírem um novo paradigma de cultura política e de uma organização emancipatória.[4]

Também, os movimentos sociais abrolham como uma nova fonte de produção jurídica diante da impotência do sistema jurisdicional e a desatualização da legislação positiva dogmática. Pois no contexto de sociedade atual contemporânea com uma multiplicidade de novas exigências, necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, é importante reconhecer nos novos movimentos sociais essa nova fonte geradora de novos direitos, direitos esses mais flexíveis e menos formalizados (WOLKMER, 201-b, p. 4).

Também Gohn (2013, p. 7) defende a ideia de que os movimentos socias podem ser considerados como uma nova fonte geradora de direitos, afirmando que os movimentos sociais vêm sendo considerados no Brasil, a partir dos anos 1970-1980, "como fonte de renovação das ciências sociais e da forma de fazer política". Observa a autora, ainda, que no início se sobressaíam pela emergência popular urbana que reivindicava bens e equipamentos coletivos de consumo e, também, por questões relacionadas à moradia, usualmente articulados, em termos territoriais, ao nível do bairro ou de uma região. Destacavam-se, ainda, na luta contra o regime militar. Entretanto, com o passar do tempo outras demandas surgiram como "na área do meio ambiente, direitos humanos, gênero, questões étnico-raciais, religiosas, movimentos culturais etc., e deram uma nova identidade aos movimentos sociais".

---

4 Giddens ao falar sobre as consequências da Modernidade já referia a importância do papel dos movimentos sociais para as transformações da sociedade ressaltando que: "como modalidade de engajamento radical com importância difusa na vida social moderna, os movimentos sociais fornecem pautas para potenciais transformações futuras" (1991, p. 158).

No primeiro momento, até os anos 1990[5], os processos de mobilizações eram mais pontuais, enquanto que, com o passar dos anos, se tornaram processos de mobilização de massa.

> As manifestações atuais são diferentes das dos anos de 1990, mas são, ao mesmo tempo, resultado de conjunturas econômicas e políticas que foram estruturadas naquela década com a globalização que produziu uma geração ampliada de excluídos. Aos excluídos pela pobreza, agregaram-se os excluídos pelas novas regras da divisão internacional do trabalho, no acesso ao emprego no mercado de trabalho, especialmente jovens, limitando-lhes também o acesso ao mundo do consumo, consumo esse que foi negado nas manifestações de seus pais na década de 1960, mas que foi o grande fator de integração social dessa geração de pais na década de 1990. (GOHN, 2013, p. 19).

Gohn (2013, p. 20) também refere que as demandas e pressões organizadas pelos movimentos sociais dos anos de 1970/1980 foram essenciais para a conquista de vários novos direitos sociais inscritos em leis na nova Constituição brasileira de 1988.

Conforme mencionado anteriormente, a partir de 1990 outros movimentos ganharam outra identidade em razão de novas reivindicações, momento em que surgem os Fóruns Nacionais (de Luta pela Moradia, pela Reforma Urbana, de Participação Popular etc.) e, através deles, identificava-se os problemas sociais, bem como se definia metas e objetivos estratégicos para solucioná-los, através de parcerias entre a sociedade civil organizada e o poder público, impulsionados por políticas públicas estatais, como, por exemplo: o Orçamento Participativo, a política de Renda Mínima, bolsa escola, criação de albergues públicos para acolhimento de moradores de rua etc. (GOHN, 2013, p. 20).

Deste modo, mesmo diante de possíveis resistências, não há como negar os movimentos sociais se tornaram novas fontes (paralela e concorrente) de produção jurídica, quebrando-se, assim, o paradigma do sistema monista jurídico estatal, neste sentido afirma Wolkmer (201-b. p. 5) que "ainda que possa haver resistência por parte da cultura oficial normativa e de seus aparatos burocráticos, a comprovação de 'legalidade paralela ou concorrente' a partir da luta por direitos torna-se, gradativamente, inconteste e por demais evidentes".

Portanto, os novos movimentos sociais tornam-se uma forma plural de gerar legitimidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na concretude efetiva da sociedade, ou seja, uma fonte geradora de outras formas jurídicas menos formalizadas. Como consequência desse reconhecimento da necessidade de redefinição das fontes de produção jurídica, também se deve reconhecer o Estado não mais como o detentor único do monopólio de criação jurídica, mas como uma instância democratizada mandatária da Comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva.

Para Wolkmer (201-b, p.5), ao estarmos diante destas práticas sociais cotidianas e necessidades efetivas, internalizadas pelos novos movimentos sociais que têm consciência, identidade e autonomia, emerge uma nova concepção de direitos mais mutáveis, elástica e plural que transcende aos direitos estatais consagrados nos limites da doutrina imperante e da legislação positiva. Materializa-se, assim, a compreensão não apenas por direitos estáticos, ritualizados e equidistantes dos conflitos sociais, mas "direitos" vivos referentes à qualidade de vida, ou seja, à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana etc. assim, esses novos direitos têm sua eficácia na legitimidade dos múltiplos "sujeitos da juridicidade", legitimidade assentada nos critérios das necessidades, participação e aceitação. É inegável, em um processo de luta por justiça, a

---

5 Sobre esse período refere ainda Gohn (2013, p.19) "no Brasil e em vários outros países da América Latina, no final da década de 1970 e parte dos anos de 1980, ficaram famosos os movimentos sociais populares articulados por grupos de oposição ao então regime militar, especialmente pelos movimentos de base cristãos, sob a inspiração da Teologia da Libertação. Ao final dos anos de 1980, e ao longo dos anos de 1990, o cenário sociopolítico se transformou radicalmente".

importância e a interferência destes novos movimentos sociais para da eficácia a uma nova legalidade, uma legalidade advinda de práticas e negociações resultantes de demandas e de carências superadoras de conflitos e de carências.

Neste contexto, de maneira a ressaltar a importância dos novos movimentos sociais na sociedade contemporânea, trazemos a conceituação dada por Gohn para este fenômeno:

> Os movimentos sociais são fenômenos históricos decorrentes de lutas sociais. Colocam atores específicos sob as luzes da ribalta em períodos determinados. Com mudanças estruturais e conjunturais da sociedade civil e política, eles se transformam. Como numa galáxia espacial, são estrelas que se acendem enquanto outras estão se apagando, depois de brilhar por muito tempo. São objetos de estudo permanentes. Enquanto a humanidade não resolver seus problemas básicos de desigualdades sociais, opressão e exclusão haverá lutas, haverá movimentos. (GOHN, 2007, p. 19-20)

Portanto, diante de uma proposta de um novo paradigma, de uma pluralidade jurídica, os novos movimentos sociais surgem não na intenção de negar ou mesmo em minimizar o direito estatal, mas buscando o seu reconhecimento como atores deste processo de concepção de novas formas de direito que possam ser criados/aplicados de forma autônoma em relação ao poder do Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do aumento acelerado de demandas sociais e, consequente, ineficácia do Estado em atendê-las, aponta-se para uma crise do sistema monista Estatal, cujo paradigma é de que a sistemática legal é ditada pelo Estado, ou seja, de que não há direito fora do Estado e sem a participação direta do mesmo.

Assim, abordou-se sobre a necessidade de um novo paradigma e, neste sentido, destacou-se o papel importante da teoria crítica neste processo. A teoria crítica, como uma teoria dinâmica e necessária para o desenvolvimento científico, ao identificar as necessidades e deficiências dos paradigmas vigentes e de maneira a não simplesmente aceitar o que se apresenta legitimado em uma dada formação social, propôs novas alternativas, o pluralismo jurídico.

Diante dessa proposta de um pluralismo jurídico, visando a outras práticas normativas que não apenas as realizadas pelo Estado tratou-se sobre a necessidade da participação de novos sujeitos sociais na geração de direitos, atividade que, consequentemente, deixa de ser dos órgãos representativos do monopólio Estatal.

Neste contexto, surgem os novos movimentos sociais como atores neste processo, tornando-se uma forma plural de gerar legitimidade, a partir de práticas e relações sociais surgidas na concretude efetiva da sociedade, ou seja, uma fonte geradora de outras formas jurídicas menos formalizadas em relação à atuação Estatal.

Conclui-se que, considerando que o momento contemporâneo comporta intensas mudanças e que paradigmas são considerados modelos científicos tidos como verdades predominantemente aceitas por determinados períodos, não há como negar que o paradigma do monismo estatal, diante dessa nova realidade de novas demandas, passa por uma crise.

Deste modo, diante de uma proposta de um novo paradigma, de uma pluralidade jurídica, ressalta-se a importância dos novos movimentos sociais que surgem como atores deste processo de criação de novas formas de direito, que poderão ser cunhados e aplicados de forma autônoma em relação ao poder do Estado.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. Sobre a cultura e a identidade jurídica: pluralismo jurídico e emancipação social na nova teoria constitucional. *In*: Cultura e Identidade em Tempo de Transformações. Organizadores: Germano Schwartz e Albert Noguera Fernández. Curitiba: Juruá, 2011.

GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 6 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais. 6 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GOHN, Maria da Glória. Sociologia dos movimentos sociais. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2014.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

RUBIO, David Sánchez. Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações. Tradução: Ivone Fernandes Mocilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Critica Jurídica e pluralismo das fontes do Direito Contemporâneo. [S.I.:s.n.], 201-a.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos sujeitos sociais e a construção plural de Direitos. [S.I.: s.n.], 201-b.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: dimensões emancipadoras. *In:* Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI. Alejandro Rosillo Martínez...[et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

RELAÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO E MOVIMENTOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA COM O NÚCLEO DE ESTUDOS DA PROSTITUIÇÃO (NEP)[1]

Tamires de Oliveira Garcia

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho integra o estudo das formas de regulamentação da prostituição, sob uma perspectiva jurídica, de modo a abarcar suas implicações no modelo brasileiro, no sistema penal e na realidade fática das profissionais do sexo. Nesse sentido, está sendo feita uma análise sobre o impacto da legislação penal no âmbito de prostituição, a forma como a estigmatização influencia no tratamento dado pelo sistema de justiça às profissionais do sexo, para também problematizar as contradições que envolvem o trabalho sexual.

O objetivo desse trabalho é analisar qual a importância da regulamentação da atividade, considerando a opinião das profissionais do sexo. Partindo do pressuposto inicial de que a opinião dessas mulheres é essencial para formar um juízo valorativo a respeito do tema, essa investigação analisará as condições em que essa profissão é exercida, a marginalização e a criminalização de seus atos, formas de expressão e local de fala.

Para isso, abordaremos as teorias acerca dos limites corporais utilizados na atuação das profissionais do sexo, a partir da produção de Fábio Lopes Alves, Elisiani Pasini, Aparecida Fonseca Moraes. Para desenvolver as perspectivas jurídicas e suas implicações no cenário brasileira estuda-se Adirana Piscitelli, Letícia Cardoso Barreto e Marjan Wijers. Ainda, para tecer considerações a respeito do estigma de prostituta vamos trabalhar com as concepções de exclusão propostas por Dolores Juliano.

Para se obter os resultados pretendidos, o trabalho terá como método a pesquisa empírica, por meio da produção etnográfica. Durante o período de investigação, está sendo realizado o acompanhamento do Núcleo de Estudos em Prostituição (NEP), em Porto Alegre, que é um espaço de luta e empoderamento de trabalhadoras sexuais[2], que têm como uma das pautas a regulamentação da prostituição. A convivência nesse espaço implica contato direto com as profissionais do sexo, bem como com a forma de organização coletiva das mesmas enquanto classe trabalhadora.

2 O TRABALHO SEXUAL: A DISPOSIÇÃO DO CORPO NA PROSTITUIÇÃO

---

1 Parte de monografia em desenvolvimento para apresentação como trabalho de conclusão de curso de Direito, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. O nome provisório do trabalho é "A (possibilidade de) regulamentação da prostituição sob uma perspectiva de Segurança Pública", orientado pelo Professor Doutor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

2 No que diz respeito à forma de se referir à mulher que exerce a prostituição, ampla é a discussão acerca de qual a melhor forma de tratamento. A Rede Brasileira de Prostitutas tem proposto o uso do termo "prostituta", mesmo com a carga negativa que carrega. A atitude seria assemelhada a dos adeptos da Teoria Queer, visto que o uso do termo "queer" foi uma medida política de confronto, já que também detém um peso pejorativo (BARRETO, 2008). Há também quem sugira o emprego da expressão "trabalhadora do sexo", visto que não indicaria a prostituição como uma identidade, característica social ou psicológica, mas como uma atividade rentável, sendo também um termo que marca a luta por reconhecimento do trabalho e condições dignas de exercer a atividade. Adotando-se o modo proposto por Barreto, esse trabalho empregará o termo "prostituta", compreendendo a necessidade de agregar a ele novos significados e como forma de enfrentar os estigmas que carrega, além de utilizar o termo "profissional do sexo" como sinônimo do primeiro, na perspectiva de encarar a prostituição como um trabalho.

A prostituição feminina é um fenômeno complexo, que envolve problemáticas de gênero, étnicas, de classe, legais, sanitárias, socioeconômicas, em relações que se inserem em lógicas de poder e, muitas vezes, que reproduzem sistemas de violência. É possível pensar que nos espaços sociais em que o dinheiro não assume um papel central, a cessão de um bem pessoal (o corpo, o prazer) se torna menos degradante (ALVES, 2014). Georg Simmel, em obras clássicas, propõe exemplos de outras sociedades onde a prostituição não é uma atividade estigmatizada e sobre a profissional recai uma carga de exclusão por não ter atingido melhor posição na sociedade e não uma reprovação moral ao ato de se prostituir (SIMMEL, 2006).

Também em uma análise da prostituição, é possível perceber uma comparação de Simone de Beauvoir ao colocar o casamento como correlato imediato à prostituição, afirmando que a vida da prostituta é similar a da mulher casada. Segundo ela, para ambas, o ato sexual pode ser visto como um serviço: a diferença é que a mulher casada é contratada para a vida inteira e a prostituta tem vários clientes que lhe pagam por vez (BEAUVOIR, 1980).

Na perspectiva exposta por Mauss (MAUSS, 1993), de que para produzir etnografia é preciso observar as sociedades, faz-se necessário conhecer o contexto em que a prostituição é exercida, de que modo se dão as relações sociais nela inseridas, para assim se obter uma matriz teórica onde se possa calcar o campo de estudos a partir do qual se desenvolve a investigação. Assim como propõe o autor, "o conjunto dos hábitos do corpo é uma técnica que se ensina e cuja evolução não acabou" (MAUSS, 1993, p. 44) e sendo a prostituição uma interação social que depende especialmente das formas de utilização do corpo (PASINI, 2000), aqui será interessante destacar o modo como essa interação se dá no desenvolvimento da atividade.

Estudando etnografias que envolvem o tema da prostituição, pode-se perceber as práticas adotadas pelas prostitutas e também sua visão de mundo sobre o próprio cotidiano. Para Alves (ALVES, 2011), fica claro que é possível fazer uma diferenciação sobre como é negociado o programa, o que demonstra que a centralidade da negociação não gira em torno do dinheiro. Em um primeiro momento, é preciso atentar para os usos sociais que as trabalhadoras do sexo fazem do próprio corpo, as formas de dispor sobre ele e de recusarem-se a fazer certos atos. Isto é, independente da disposição de recompensá-la financeiramente, o que determina a negociação é se a prostituta dispõe ou não do corpo para a realização do serviço. Somente em um segundo plano é que vem a questão monetária.

A partir de Alves (ALVES, 2011), se percebe que essa análise demonstra outras implicações do universo prostitucional, entre elas os limites simbólicos corporais criados para a interação social, de modo que algumas regiões do corpo e práticas não são disponibilizadas aos clientes, pois são reservadas apenas para pessoas por quem as profissionais do sexo nutrem sentimento afetivo. Nesse sentido, há quem acredite que dormir com o cliente, beijar e fazer sexo anal é algo muito íntimo. Entre outras limitações, também se destaca a exigência pelo uso de preservativo, que as prostitutas colocam que em relações íntimas é dispensada. São algumas implicações que demonstram que, por vezes, o dinheiro não assume o plano central da interação, visto que o programa está condicionado aos usos sociais que a mulher faz do próprio corpo.

Pasini (PASINI, 2000) explica que existe uma clara separação entre a vida das trabalhadoras sexuais na prostituição e fora dela, compreendendo, para isso, as especificidades dos sujeitos sociais que são. Logo, aponta que "(...) essa separação é legitimada principalmente através de uma separação entre os clientes e os não-clientes. (...) Afinal, é com o corpo que se realiza a prostituição." (PASINI, 2000, p. 189). Para a autora, portanto, essa divisão faz parte da delimitação da identidade de cada mulher, que tem uma vida privada fora da prostituição e que administrar "duas vidas" faz parte do trabalho sexual.

Para pensar a lógica da diferenciação dos hábitos com clientes e não-clientes, Pasini destaca que um dos maiores cuidados tidos pelas profissionais do sexo é o uso de preservativo com clientes

(PASINI, 2000). A autora aponta que a importância desse uso se dá como um cuidado de saúde, como forma de prevenção à transmissão de doenças, mas não somente isso. Acrescenta que essa é uma forma de divisão simbólica entre a relação social desenvolvida com os parceiros por quem as mulheres nutrem afeto e com os clientes.

> Assim, o preservativo também se constitui como um divisor simbólico entre as diferentes relações sociais – afetivas e comerciais. Nesse contexto específico, aponto para o fato de que o uso do preservativo masculino não representa apenas uma forma de se proteger da contaminação de doenças (apesar de ser entendido e usado também com esse fim). O valor do preservativo é reforçado porque ele se constitui como um divisor simbólico entre as diferentes relações sociais – afetivas e comerciais. (PASINI, 2000, p. 194).

A autora também descreve outras formas de demonstrar a divisão entre as práticas tidas com clientes e não-clientes, dentre elas não dispor do toque nos seios, tampouco fazer sexo anal e oral. Segundo ela, as prostitutas deixavam claro que era preciso reservar certas partes do corpo, como forma de haver limite na atuação como profissionais do sexo. Pasini explica que o uso dessas regras de boa garota de programa[3] impõe significados sociais para cada conduta na prostituição, legitimando uma verdadeira diferenciação entre as relações sexuais que desenvolvem com clientes e as relações que desenvolvem com parceiros ou parceiras afetivos. Destaca que essas práticas incorporam um conjunto de elementos adotados pela mulher que se encontra no meio dessas relações para definir os limites de cada uma (PASINI, 2000).

Moraes (MORAES, 1995), por sua vez, também traçou diferenciações na atuação das profissionais do sexo. As observações que são capazes de expor o quanto as profissionais do sexo se preocupam com o caráter profissional exercido no atendimento aos clientes. No que diz respeito à estipulação do tempo, algumas consideram que quanto menos tempo dispensado ao cliente, mais profissional é o contato – entendendo que as "relações curtas permitem preservar, com menos conflitos, o caráter impessoal no contato com o cliente" (MORAES, 1995, p. 165). As prostitutas que têm um pouco mais de idade, diferentemente, encaram que o profissionalismo se dá utilizando técnicas que façam com que o cliente se ligue a elas e retorne, podendo, assim, se alongar o período de atendimento – o que também aumenta o valor do programa – para desempenharem uma postura profissional que não se encerra no contato sexual.

A autora também explica que os limites simbólicos impostos à atuação profissional são dispensados nas relações íntimas que envolvem amor, que é o momento em que as prostitutas declaram manter contato corporal em plenitude:

> Muitas mulheres entendem a negociação das práticas sexuais no exercício da prostituição a partir desta lógica que separa amor e sexo. É uma maneira de não perderem o controle das situações que irão vivenciar tanto com os clientes quanto com os companheiros, maridos e amantes. A visão que predomina entre estas é a de que as prostitutas devem evitar o gozo durante as rotinas de trabalho. Prevalece um discurso de defesa da auto-imagem que é fortalecido por uma lógica que promove o dualismo em nível de comportamento sexual. (MORAS, 1995, p. 170-171).

---

3 PASINI expõe que as mulheres destacam certas condutas na intenção de demonstrar ao cliente que são boas profissionais. Se gozam no programa, por exemplo, é um sinal de envolvimento emocional e isso é encarado como não profissional. Além disso, não beijar na boca também é um método para prevenir o envolvimento emocional com o cliente, indicando o profissionalismo da prostituta. Fica claro que as próprias prostitutas criam e dão importância a essas categorias, diferenciando o que é encarado com profissionalismo e o que não é (PASINI, 2000, p. 194).

Importa frisar, no entanto, que existem aquelas profissionais que encaram o próprio prazer durante a atividade sexual como positivo, de modo que priorizam práticas que lhes são mais favoráveis e prazerosas. Ao passo que existem as mulheres que repudiam o gozo durante a atividade, há outras que veem o orgasmo durante o programa de forma natural, afinal pode acontecer. Nesse segmento, pode-se encontrar prostitutas que simplesmente não encaram com maus olhos ou até mesmo aquelas que defendem comportamentos sexuais que levem em conta as preferências sexuais da profissional (MORAES, 1995).

Importa salientar, no entanto, que de outro modo pode ser observada a relação quando envolve violência doméstica durante a realização do programa. Há relatos de situações em que é negociado um programa sabendo-se que o cliente é agressivo e, por isso, é imposto um valor que, por vezes, é seis vezes maior que o normal. Nesses casos, a agressão é legitimada e descriminalizada pelo dinheiro, que é o que impede a resistência da prostituta à violência (ALVES, 2011). Para Bordieu, é uma situação em que a mulher não teve plena autonomia sobre seu corpo, já que inserida em uma relação de dominação masculina legitimada pela disposição do agressor em recompensá-la financeiramente. O dinheiro, nesse contexto, gera a aprovação do ato de violência pela própria dominada.

Há também os casos em que a violência ultrapassa os limites do uso social do corpo impostos pela prostituta e, devido à proximidade que ela mantém com o cliente, aceita a violência de gênero e continua a interação com o agressor. Para isso, cobra um valor mais alto de outras formas (em bebida, por exemplo). Assim, o dinheiro carrega uma característica simbólica, a ponto de fazer com que a prostituta desconsidere a violência que recebeu e volte à interação como se nada tivesse ocorrido, pensando estar lucrando, visto que exige maior recompensa financeira (ALVES, 2011).

3 MARGINALIZAÇÃO E ESTIGMA: O NÚCLEO DE ESTUDOS DA PROSTITUIÇÃO

O presente trabalho está sendo desenvolvido com o acompanhamento do Núcleo de Estudos da Prostituição (NEP), que fica em Porto Alegre. A entidade surgiu em 1989, sendo registrada no ano de 1992. Segundo as criadoras do Núcleo, o seu surgimento foi a partir da iniciativa de Marta[4], uma das atuais coordenadoras, que saiu às ruas em busca das prostitutas. Na época, já existia um grupo de mulheres que não eram prostitutas que se preocupavam com a questão da saúde, prevenção à AIDS e faziam intervenções nos pontos de prostituição para levar preservativos, em uma tentativa de conscientização para as profissionais. Marta, uma das coordenadoras do NEP atualmente, soube dessa movimentação e juntou-se ao grupo para auxiliar nos trabalhos de intervenção nos pontos.

Jana, também coordenadora da entidade atualmente, contou que não encarava com bons olhos essas mulheres que faziam as intervenções, pois elas queriam dar conselhos particulares, dar sugestões ao seu trabalho. Nem por isso deixou de guardar o contato de Marta. Relatou que em meados dos anos 80, em Porto Alegre, as prostitutas sofriam muito com a repressão policial, eram violentadas e perseguidas. Para ela, a visão da polícia sobre a prostituição era muito negativa e trabalhavam para tirar as mulheres dos pontos, em um processo que ela denomina de "limpeza social", já que as prostitutas eram consideradas o lixo da sociedade. Certa vez, muitas mulheres do ponto onde ela trabalhava foram detidas, ela foi uma das poucas que conseguiu fugir. Logo lembrou de Marta e entrou em contato para obter ajuda com as medidas institucionais destinadas às demais colegas de profissão. Desde então passaram a trabalhar juntas e criaram o NEP, como forma de resistência e organização das profissionais do sexo em Porto Alegre.

Jana relatou que passaram a organizar o Núcleo e associar prostitutas de toda Porto Alegre e região metropolitana. Contou que com o tempo o NEP foi sendo conhecido e reconhecido não só pelas

4 Nesse trabalho, estou utilizando nomenclaturas diferentes das verdadeiras, a fim de preservar a identidade das mulheres com quem estou tendo contato através da pesquisa.

profissionais, mas também pela sociedade. As mulheres que são cadastradas no NEP (hoje, mais de três mil) por vezes recebem um tratamento distinto quando procuram a polícia, já que a instituição é vista como uma espécie de sindicato da categoria.

Lutaram muito para conseguir um local para a sede da instituição, pois sem dinheiro é muito difícil. O primeiro espaço que conseguiram foi através de parceira com a Prefeitura do Município, no ano de 1998. Atualmente estabelecem um convênio com a Prefeitura do Município para utilizar uma sala que fica na Galeria Malcon, na Rua dos Andradas, nº 1560, 6º andar. O Núcleo mantém convênio e parcerias com outras instituições também, como o Hospital Presidente Vargas, para onde as prostitutas associadas são encaminhadas para realizar qualquer tratamento de saúde. A coordenação do NEP vê essas parcerias de forma muito positiva, pois através delas é possível garantir atendimento de saúde para que as profissionais do sexo não fiquem desamparadas.

O Núcleo de Estudos da Prostituição é uma referência em termos de entidade de organização e atuação com prostituas. Nacionalmente, compõe a Rede Brasileira de Prostitutas e, internacionalmente, a Rede Internacional de Prostitutas. No Brasil, a Rede estabelece uma Carta de Princípios[5] com inúmeras diretrizes do que repudiam e defendem. Entre o que é repudiado, consta a vitimização das prostitutas, o controle sanitário, a associação das prostitutas com a criminalidade, o tráfico de seres humanos, entre outras. A Rede defende a auto-organização das prostitutas, o acesso aos serviços de saúde integral, que o trabalho sexual é um direito sexual, que as profissionais se assumam como prostitutas, além de outros pontos. Uma das principais pautas do NEP (e das organizações de prostitutas no Brasil todo) é a regulamentação da prostituição.

Pensando no contexto brasileiro, foi no ano de 2002 que a prostituição foi incluída na Classificação Brasileira de Ocupações, que é o documento que reconhece e codifica as ocupações que existem no mercado nacional. Importa frisar que essa inclusão só ocorreu devido à forte influência dos debates da prostituição enquanto um trabalho, protagonizado e oportunizado por diversas organizações de prostitutas. No documento, são colocados alguns sinônimos para "profissionais do sexo", entre eles destacam-se: garota de programa, meretriz, mulher da vida, prostituta e puta. Conforme expõe Barreto, esses sinônimos não caracterizam necessariamente diferentes formas de se referir à ocupação, mas são também adjetivos que carregam estigma e uma carga pessoalizada de julgamento da atividade (BARRETO, 2000).

Para o NEP, a regulamentação da prostituição seria muito boa para que as profissionais deixassem de ser consideradas somente um objeto sexual. Jana explica que não tendo a profissão regulamentada, as mulheres ficam reféns da cafetinagem. Além disso, não se reconhecendo como trabalhadoras, que se sustentam e que têm uma vida com família como qualquer pessoa, seguem sendo reféns da cafetinagem, sem poder exercer seu trabalho de forma livre e legítima. Para o Núcleo, a regulamentação seria uma forma de reconhecimento de cidadania às profissionais.

Do contato com o Núcleo, é possível perceber que as profissionais do sexo têm inúmeras dificuldades no dia a dia. Entre os principais aspectos problemáticos destacados pelas mulheres[6], a insegurança é um dos mais significativos. Apontam que frequentemente vêem outras prostitutas sendo estupradas, que os locais onde atuam são espaços onde a polícia (ou mesmo a segurança privada de prédios que alugam as salas para trabalhar) não dá atenção e que, mesmo quando chamados, não tratam os casos com a seriedade que tratam comumente quando invocados por outras pessoas.

No campo de pesquisa, também há o atendimento de mulheres que vão ao NEP em busca de preservativos – visto que a entidade recebe os materiais e doa para as prostitutas associadas – e consultas (jurídica e psicológica). Nos relatos que presenciei, uma das reivindicações das profissionais

---

5 Carta de Princípios da Rede Brasileira de Prostitutas, elaborada no IV Encontro Nacional da Rede Brasileira de Prostitutas, que ocorreu no Rio de Janeiro, em dezembro de 2008.

6 Apontamentos expostos na Conferência Livre de prostituição e cidadania, que ocorreu no dia 27 de agosto de 2015, na sede do NEP.

que mais me chamou a atenção diz respeito à forma como são tratadas pelo sistema de justiça quando resolvem registrar alguma ocorrência de fato que envolve o trabalho. Nesses fatos, já foram indicados furtos, estupros e ameaças de clientes. Quando recebem a orientação do Núcleo para procurar a polícia e registrar ocorrência, a reação é sempre a mesma: resistência e frustração. Dificilmente querem recorrer ao sistema de justiça, porque sabem que vão receber tratamento diferenciado (e discriminatório) por serem prostitutas e que para sua demanda provavelmente não será dado prosseguimento investigatório.

Para as profissionais do sexo, fica claro o tratamento distinto que recebem do sistema de justiça por serem prostitutas. Um estupro não é considerado estupro quando praticado contra uma prostituta, já que o corpo dessas mulheres é considerado sempre à disposição. Um assalto cometido em um espaço de prostituição não é tratado com seriedade, já que os proventos vindos desse trabalho não são vistos como legítimos de atenção e proteção, visto que oriundos de uma prestação de serviços moralmente condenada.

Não espanta que ocorra esse tipo de tratamento, visto que a sociedade divide as mulheres entre boas e más, muitas vezes atribuindo às consideradas reprováveis a designação de prostituas. Essa divisão implica estigma ao trabalho desenvolvido pelas profissionais do sexo, já que não são encaradas como trabalhadoras, mas sim como mulheres de segunda ordem, carregando um pesado fardo de repressão moral. A partir de Juliano, é possível pensar que o estigma tem origem na ideia de pecado, na perspectiva que qualquer relação sexual não reprodutiva é condenável (JULIANO, 2004).

A mesma autora aponta que não faz sentido rechaçar tão fortemente a atividade sexual em uma sociedade que "acepta que hombres y mujeresacumulenexperienciassexuales diversas sin que esto comporte suestigmatización" (JULIANO, 2004, p. 43). Afinal, é difícil compreender que as mulheres não possam decidir livremente cobrar por trabalhos sexuais, a partir da disposição do próprio corpo, de modo que essa atitude seja reconhecida como um direito legítimo, sem que se caia em uma exclusão que designa quais pessoas merecem tratamento digno – pelo sistema de justiça, de saúde, na sociedade.

4 VIOLÊNCIA E SISTEMA PENAL

Observa-se que o Código Penal de 1830 não aborda a prostituição e suas formas, mas diferencia as mulheres "boas" das "más", o que fica claro tendo em vista que a pena de estupro é distinta quando a mulher é "honesta" ou "pública". Além disso, os crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude só eram considerados consumados quando se tratasse de "mulher honesta", redação que se manteve até 2004. Somente em 2005 o referido termo foi retirado do Código Penal, através da promulgação da Lei 11.106 (BARRETO, 2000). Nesse trabalho, destacar essas redações legislativas e as formas como foram desenvolvidas no cenário brasileiro é central, tendo em vista que é possível perceber a criação de categorias que polarizam as mulheres entre "boas" e "más" e, com isso, as diferenciam enquanto sujeitos de direitos, já que algumas figuras criminais só se enquadravam no sistema penal quando a conduta fosse contra "mulheres honestas".

Somente no Código Penal de 1890 o lenocínio passou a ser considerado crime, punindo-se com prisão e multa. Atualmente, o Código Penal Brasileiro criminaliza a exploração da prostituição no Capítulo V, do artigo 227 ao 231-A. No capítulo seguinte, enquadra como crime, ainda, condutas de ultraje público ao pudor.

Cabe ressaltar que em 2012 houve a proposta de nova redação ao Código Penal Brasileiro, o Projeto de Lei nº 236, que estipula novas diretrizes a esses crimes. Piscitelli destaca que a exploração sexual recebe definição no Título IV "Crimes contra a dignidade sexual", Capítulo I – "Crimes contra a liberdade sexual", com o conceito no artigo 183: "obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone" (PISCITELLI, 2013). A autora observa que, com essa redação, o

legislador diferencia exploração sexual de prostituição. Apresento, para ilustrar, a explicação do referido artigo:

> É de extrema relevância punir a exploração sexual, que significa prostituição forçada, verdadeiro trabalho escravo de prestação de serviços sexuais. Na verdade, a prostituição não é nem nunca foi crime no Brasil, e a punição da "casa de prostituição" e do "proxenetismo" mostra-se um contrassenso quando os encontros sexuais são estabelecidos entre pessoas maiores de idade que dispõe livremente de suas vontades. Daí a proposta de descriminalização das atuais condutas dos artigos 229 e 230 do Código Penal. Relevante é punir, tão somente, a exploração sexual, pouco importando o local onde esta ocorre ou a existência de intermediários não exploradores. Assim, criado o novo tipo "exploração sexual", que é agravado se praticado contra vulnerável, as demais figuras que se referem atualmente à prostituição são revogadas, rasgando-se o véu da hipocrisia e libertando-se a mulher de vergonhoso estigma. (SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 236. 2012, p. 323).

Piscitelli afirma que esse novo tipo de tratamento dado pelo Código Penal abria a possibilidade para pensar a prostituição como um trabalho, uma vez que haveria uma diferenciação entre prostituição e exploração sexual. A autora explica que a exploração sexual é amplamente evocada nos debates acerca da prostituição, visto que a prostituição é comumente abordada como uma exploração sexual. Nessa visão, a atividade do sexo jamais poderia ser vista como um trabalho, visto que a sexualidade não pode ser analisada separadamente da pessoa que dela dispõe, de modo que o consentimento com a prostituição seria irrelevante, já que tudo que se vincula aos sentimentos de sexualidade seria destruído no ato de se prostituir (PISCITELLI, 2013).

No NEP, a coordenação não hesita em ressaltar que as prostitutas nem sempre podem ser protegidas – elas também cometem crimes durante o exercício da profissão. A entidade é firme em repudiar a criminalização da prostituição, dada toda a carga negativa que esse tratamento tem oferecido ao cotidiano das profissionais, mas também entendem que em certos episódios existe abuso por porte das prostitutas e acreditam que, nesses casos, os crimes não devem ser afastados e tampouco são complacentes com situações que, para elas, extrapolam a atividade sexual enquanto exercício de um trabalho. Essa colocação é interessante porque demonstra que existe um limite no que é considerado exercício da profissão e legitima o exercício do poder punitivo nos casos em que se ultrapassa esse limite e coincide com o que a legislação condena.

5 PERSPECTIVA JURÍDICA DE TRATAMENTO DA PROSTITUIÇÃO

Acerca da regulamentação da prostituição, três modelos são possíveis em uma perspectiva jurídica: i) regulamentarista, que autoriza a prostituição por meio de lei específica; ii) proibicionista, que proíbe, por meio de legislação própria, a prática de prostituição; e iii) abolicionista, que não regulamenta e também não proíbe a prostituição como exercício, mas criminaliza quem explora essa atividade. Alves explica que o Brasil adota o último, como forma de abolir a prática da prostituição, compreendendo essa atividade como uma forma de violência e a mulher uma vítima de um sistema de exploração, visto que fica à margem da liberdade e da cidadania. Assim, é um modelo que não compreende a prostituição como uma atividade criminosa e, por isso, não seria papel do estado interferir e impedir o seu exercício (ALVES, 2014). Wijers aponta ainda um quarto modelo, que seria o trabalhista, que regulamenta a prostituição na perspectiva de garantir direitos trabalhistas à prostituta (WIJERS, 2004).

O regime mais repressivo é o proibicionista, que proíbe totalmente a prostituição e acredita que a atividade é incompatível com a dignidade humana, constituindo uma violação em si mesma.

Nesse modelo, as prostitutas devem ser reeducadas a força e são consideradas delinquentes (WIJERS, 2004).

No abolicionismo, a criminalização recai sobre a exploração da prostituição e não sobre a atividade em si. A profissional, aqui, não é vista como deliquente, mas como uma vítima. Na perspectiva abolicionista, a única forma de proteger as mulheres e abolir a prostituição é punindo quem explora a atividade (WIJERS, 2004).

Sob o prisma regulamentarista, paira a ideia de que a prostituição, mesmo que socialmente reprovável, é uma atividade impossível de ser erradicada, ao passo que é considerada uma ameaça à saúde e ordem pública. Assim sendo, Wijers explica que não só a prostituição é regulamentada, mas também as próprias prostitutas:

> Para proteger a la sociedad de los periglos de este mal <necesario>, la prostitución (y las prostitutas) es controlada mediante la introducción de una reglamentación y de diversas sanciones estatales encaminadas a garantizar el orden, la salud, la moral y la decencia públicas, que sirven igualmente a las necesidades masculinas, a la protección de mujeres<decentes> y al pago de impuestos y evitana demás um perjuicio público y la visibilidad social de la prostitución. (WIJERS, 2004, p. 215).

Nessa senda, percebe-se que o modelo regulamentarista não é o ideal para garantir o exercício da prostituição como uma profissão, em uma premissa de que para isso é necessário respeito e dignidade nessa atividade, já que as profissionais seriam elas mesmas controladas pela regulamentação do estado. Alves aduz que o modelo regulamentarista surgiu por volta do século VI a. C., em Atenas, quando o governante Sólon tinha por objetivo dividir as mulheres boas das demais, de modo que a regulamentação da prostituição foi a forma de organizar o negócio de bordeis e casas de exploração (ALVES, 2014).

Além disso, fazendo-se um recorte temporal sobre a prostituição no país, tem-se que foi um tema amplamente abordado com uma forte repressão moral, dentro de um processo de higienização dos espaços urbanos, em meados do século XIX, quando médicos eram vistos como consultores do governo para assuntos de higiene pública. A fim de limpar as cidades, disciplinar seus habitantes e tornar o espaço público civilizado, os médicos brasileiros estudaram a prostituição como uma doença, catalogaram as prostitutas e debateram a regulamentação (BARRETO, 2008). Engel esclarece que as classificações passaram pela perversão (doença física), depravação (doença moral) e comércio do corpo (doença social).

Analisando a regulamentação da prostituição por esse viés, visavam que fosse uma atividade controlada, com espaços higienizados, como uma garantia da preservação da ordem pública e da saúde da população. Com isso, a perspectiva normatizadora fora adotada tendo em vista que a prostituição era um mal inevitável e não seria possível eliminá-lo e, para que os homens tivessem segurança no momento de realizar suas necessidades masculinas, naturais e legítimas, um equilíbrio da atividade se daria sem liberar completamente e sem podar completamente os instintos sexuais masculinos, de modo que deveriam ocorrer dentro dos limites impostos (ALVES, 2014).

No horizonte de considerar a opinião das prostitutas e trazê-las para o debate acerca das políticas em torno do trabalho sexual, bem como de questionar a regulação do estado à moral sexual, surge o modelo trabalhista (WIJERS, 2004). Com o objetivo de centrar o debate sobre os direitos trabalhistas, ao invés de questões morais, Wijers explica como surgiu esse movimento:

> En los últimos años las prostitutas han ido aumentando su organización y la batalla contra la exclusión de los mismos derechos que la sociedad confiere al resto de los trabajadores: el reconocimiento del trabajo del sexo como una actividad legítima y la despenalización de los negócios relacionados com la

> prostitución, de manera que quede regulada bajo preceptos civiles y laborales en vez de penales. (WIJERS, 2004, p. 217).

Pensando dessa forma, Wijers aponta que a não regulamentação da atividade do sexo pode ser vista como uma discriminação indireta às mulheres, já que a atividade é exercida majoritariamente por mulheres, bem como configuraria uma violação à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres[7]. A autora aponta que esse modelo de regulamentação seria uma alternativa para acabar com as condições exploratórias e abusivas em que são exercidas a prostituição.

Além disso, tendo em vista as visões de prostituição anteriormente exploradas, em que fica clara a diferenciação que as mulheres fazem das condutas que tomam com clientes e com não-clientes, é possível perceber um afastamento emocional das profissionais quando estão atuando com os clientes. Dessa forma, pensar que uma mulher não pode dispor do próprio corpo seria negar a capacidade de todas elas de decidir sobre os rumos que dão a ele. Nesse sentido, resta claro que se pode ver a prostituição como o exercício de um trabalho, já que de forma tão marcada existem limites na interação social desenvolvida com os clientes, de um controle utilizado pelas profissionais para que não haja envolvimento emocional na zona.

6 A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

O NEP, enquanto entidade de representação de classe, pauta a regulamentação da prostituição a partir da perspectiva que essa medida ajudaria em um processo de humanização do trabalho, bem como construiria alternativas para que as trabalhadoras fossem tratadas com mais dignidade. No ambiente jurídico, para que essa alternativa legal tome força, é preciso de um incentivo externo às instituições jurídicas burocráticas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, foi possível perceber que produção etnográfica de importantes referências no tema no Brasil tem consideráveis destaques sobre os posicionamentos de movimento(s) feminista(s) no cenário nacional e internacional. Piscitelli indica que, ao final dos anos 70 e início dos anos 80, já se percebia um afastamento das prostitutas do centro do debate sobre a atividade sexual (PISCITELLI, 2013).

O contato com o Núcleo de Estudos da Prostituição tem demonstrado que é possível, a partir da organização e protagonismo das prostitutas, estabelecer parcerias que proporcionem atendimento de saúde, orientação psicológica e jurídica para as profissionais do sexo. Incontáveis vezes o NEP é procurado para fornecer orientação jurídica sobre a possibilidade de cadastro no INSS, oportunidade que surgiu a partir do cadastro da atividade na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), e movimentações nesse sentido demonstram que o trabalho exercido pela entidade é muito importante para a categoria.

Diante disso, resta claro que é preciso afastar uma perspectiva inicial de que a regulamentação da prostituição se faz necessária para a criação de políticas públicas de saúde e garantias trabalhistas, visto que atualmente é possível estabelecer a garantia desses direitos por outros meios – parcerias e cadastro a partir da classificação da atividade na CBO. É preciso, portanto, tecer novas considerações sobre a urgência de uma regulamentação para que a profissão deixe de ser encarada de modo tão

---

7 Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

negativo, para que as profissionais deixem de ser tão discriminadas e marginalizadas. Faz-se preciso pensar em soluções jurídicas que sejam capazes de promover o digno gozo de cidadania pelas prostitutas.

Assim sendo, a solução que mais parece adequada nesse novo panorama é a de estabelecer no Código Penal uma clara distinção entre exploração sexual e prostituição, de modo a afastar o posicionamento que confunde essas duas categorias. Além disso, estabelecer uma legislação na qual seja possível regulamentar a atividade do sexo, de modo que os(as) donos(as) de casas de prostituição não possam exercer um controle absoluto sobre o exercício e para que as profissionais do sexo tenham melhores condições de trabalhar de forma autônoma. Com isso, parece que se estabeleceria um cenário mais digno para o exercício da prostituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fábio Lopes. Etnografia dos usos sociais do corpo da garota de programa. In Revista Latinoamericana de Estudos sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad – RELACES, nº 7, ano 3, p. 07-16. Dezembro 2011- março 2012. Córdoba, p. 07-16.

ALVES, Fábio Lopes. Noites de Cabaré: prostituição feminina, gênero e sociabilidade na zona de meretrício. 3ª Ed. São Paulo: Arte e Ciência, 2014.

BARRETO, Letícia Cardoso. Prostituição, gênero e sexualidade: hierarquias sociais e enfrentamento no contexto de Belo Horizonte. 2008, 160 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. V.2. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

JULIANO, Dolores. El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones. In OSBORNE, Raquel [ed.] Trabajador@asdel sexo. Derechos, migraciones y tráfico em el siglo XXI. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 43-55.

MAUSS, Marcel. Manual de Etnografia. Lisboa: Dom Quixote, Nova Enciclopédia, 1993.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. CBO – Classificação Brasileira de ocupação. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>. Acesso em 20 de junho de 2015.

MORAES, Aparecida Fonseca. Mulheres da vila: prostituição, identidade social e movimento associativo. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

PASINI, Elisiane. Limites simbólicos corporais na prostituição feminina. In Cadernos Pagu nº 14, ano 2000, p. 181-200. Disponível em: < http://periodicos.bc.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8635351/3145>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

PISCITELLI, Adriana. Exploração sexual, trabalho sexual: noções e limites. In: Daniele Andrade da Silva, Jimena de Garay Hernández, Aureliano Lopes da Silva Junior e Anna Paula Uziel. (Org.). FEMINILIDADES: CORPOS E SEXUALIDADES EM DEBATE. 1ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013, v. 1, p. 147-165.

_____. Tensões, tráfico de pessoas, prostituição e feminismos no Brasil. In: Feldaman Bianco Bela. (Org.). Desafios da antropologia brasileira. 1ed.Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2013, v. 1, p. 109-152.

SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 236. 2012, p. 323. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

SIMMEL, Georg. A sociabilidade (Exemplo de sociologia pura ou formal). In Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade. Tradução de Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

WIJERS, Marjan. Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostituición. In OSBORNE, Raquel [ed.] Trabajador@asdel sexo. Derechos, migraciones y tráfico em el siglo XXI. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 209-221.

"POR QUE OCUPAMOS?": O CLAMOR POR DIREITOS DO MOVIMENTOS DOS TRABALHADORES SEM-TETO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA MARXISTA DO DIREITO

Norberto Milton Paiva Knebel[1]

RESUMO: O trabalho visa as concepções jurídicas auferidas pelo MTST. Que reivindica direitos, com nítido apego à Constituição Federal de 1988, restou a questão se isso poderá trazer benefícios para além de contradições ideológicas, ao clamar pela prestação do Direito da burguesia hegemônica. A partir dos fundamentos políticos da cartilha, a pesquisa bibliográfica exploratória percorre duas grandes matrizes metodológicas, uma filiada à concepção marxista/marxiana de crítica ao Estado e ao Direito, e, outra ligada à manualística contemporânea. No que os instrumentos utilizados pelo sistema jurídico se relacionam às classes sociais e sua luta histórica é onde se encontra a síntese da pesquisa. O MTST compactua com os instrumentos jurídicos ao usá-los como estratégia para conquista de mais direitos, influenciado por suas bases ideológicas socialistas - não necessariamente revolucionárias. Pela crítica marxista, jamais será suficiente às lutas do proletariado as "soluções jurídicas", porém, servem como arma para forçar os limites impostos pelo Capital. A concretização do direito à moradia pelo Direito caminha em uma direção mais próxima dos interesses da classe que as reivindicam. Porém, não ataca o fundamento da desigualdade, que é a estratificação em classes - criada e reproduzida pela acumulação capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Movimentos Sociais. Marxismo. Moradia. Legalidade. Capitalismo.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por intuito demonstrar os argumentos jurídicos concentrados na cartilha “Por que ocupamos?”escrita por Guilherme Boulos, diretor do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto. Portanto, é a análise dos objetivos do movimento através da análise bibliográfica de um referencial. Onde constará os motivos e as atitudes que o movimento social deverá tomar conforme suas inclinações políticas.

A metodologia buscou na exploração bibliográfica concluir dentro de uma lógica dialética como os argumentos jurídicos que sustentam o movimento social são vistos pela teoria do direito civil “burguês”, como a teoria crítica marxista enxerga as soluções baseadas na legalidade e de como isso será sintetiza, de como é possível compatibilizar o ímpeto revolucionário cogente a práxis política marxista aos instrumentos jurídicos. Ou ainda, de que forma e em que grau são incompatíveis. Ressaltando assim os limites ou impossibilidades do Direito.

Partindo da exposição da cartilha, encontrando nas teorias jurídicas as justificativas dos conceitos adotados pela Constituição Federal de 1988 e, ao final, estabelecendo a visão da teórica acerca da forma que o MTST confere suas exigências, esta pesquisa buscou responder qual é a efetividade na transformação social para os trabalhadores sem-teto dos instrumentos, conceitos e princípios jurídicos da função social da propriedade e do direito à moradia.

2 “POR QUE OCUPAMOS?” – O QUE INDICA A CARTILHA DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TETO

1 Mestrando em Direito na Unilasalle-Canoas (bolsista CAPES/Prosup), norberto.knebel@gmail.com.

No Brasil, por muito tempo existem relatos de movimentos sociais de lutas por terra, sendo mais notório o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra, ou MST. Este movimento tem por objeto não unicamente a reforma agrária, mas também a redução da geração de desigualdade e exclusão da parcela campesina da população brasileira, com objetivos e formalização política definida (STEDILE, 2005, p. 47). Porém, a luta por espaço urbano, ainda não era correspondida por organização estruturada e politizada, com objetivos ideologicamente delimitados.

2.1 A necessidade de efetivar a função social da propriedade e o direito à moradia

Os movimentos sociais vêm às ruas para lutar pelo espaço urbano dos trabalhadores, como principal expoente no Brasil, se dá o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto, iniciado no final da década de 1990, reunindo trabalhadores residentes em áreas periféricas de seus munícipios, lutando contra a especulação imobiliária e o "Estado que a protege"[2], que têm usado como meio de alcance de reforma urbana, ocupações de prédios e áreas desocupados, se "infiltrando" em áreas antes afastadas da classe trabalhadora de baixa renda[3]. Sendo capaz, por intermédio das ocupações físicas tomando posse do imóvel, o MTST dar à norma jurídica da função social da propriedade, prática social da qual não está afeita (CHEMERIS, 2002, p. 105).

Em razão do afastamento do direito estatal quanto à necessidade dessa camada popular e o evidenciado déficit habitacional[4·], acaba sendo criado um direito próprio e autolegitimado no interior das ocupações urbanas, pela falta de esperança de ação pelo poder público (só vista em casos de reintegração de posse pelo proprietário). O pluralismo jurídico criado revela uma luta de classes em que o direito ocupa o centro das contradições (SANTOS, 1988, p. 78). Onde Maria Gohn (1997, p. 200-201) pontua tal situação em sua análise histórico dos paradigmas dos Movimentos Sociais:

> Pensar o fenômeno da segregação hábitat/trabalho significa pensar na divisão social do trabalho no interior da sociedade. A distribuição espacial da população tem um caráter socioeconômico, sendo um reflexo da divisão social do trabalho e uma extensão dela. Assim, a exploração da mão-de-obra, que ocorre no âmbito da produção, corresponde a tantos outros processos no âmbito do local de moradia quanto a qualidade de vida, no que se refere a bens, serviços e equipamentos. São os processos de espoliação e pauperização da classe trabalhadora.

Por meio da posse fática de imóvel, ou seja, a posse, em conforme ao salientado no princípio constitucional norteador dos interesses democráticos em voga, é possível aferir legitimidade aos movimentos sociais de resistência (violenta ou não, de oprimido contra opressor e seus servidores[5]), os obstáculos às transformações sociais criados pelo direito, vinculado à manutenção não à transformação (MELO, 2012, p. 144), em seus institutos ideologicamente dominados, alcançam legitimidade através de justiça política.

> Caracterizados a partir de suas ações sociais, estes novos movimentos sociais, vistos como indicadores da emergência de novas identidades coletivas (coletividades

2 Ver descrição do movimento em seu endereço virtual oficial: http://www.mtst.org/index.php/o-mtst. Acesso em: 27/09/2014

3 Ver matéria da revista Vice sobre ocupação no bairro Morumbi em São Paulo, onde fica nítido o incomodo causado pelo movimento: http://www.vice.com/pt_br/read/moradores-do-morumbi-nao-querem-ser-vizinhos-da-ocupacao-do-mtst. Acesso em 27/09/2014

4 Levando em conta os critérios mencionados no capitulo I: ônus excessivo com aluguel, coabitação familiar e edificações precárias, adensamento excessivo em domicílios locados.

5 "É necessário sublinhar, portanto, que mesmo os atos mais violentos de hostilidade dos operários contra a burguesia e seus servidores não são mais que a expressão aberta e sem disfarces daquilo, que às ocultas e perfidamente, a burguesia inflige aos operários". Em: ENGELS, 2010, P.248.

> políticas, sujeitos coletivos), puderam elaborar um quadro de significações culturais de suas próprias experiências, ou seja, do modo como vivenciam suas relações, identificam interesses, elaboram suas identidades e afirmam direitos. (SOUSA JUNIOR, 2011, p. 168)

Para tanto, é necessário a plena compreensão das formas jurídicas aplicadas às ocupações urbanas. Em antecipação, é vital não confundir "ocupação", com o instituto do código civil de 1916, que tratava de aquisição de bem móvel, devidamente corrigido e nominado adequadamente como "descoberta" pelo código civil de 2002 (NASCIMENTO, 2003, p. 163). No que concerne este trabalho, é imperativo, mesmo que brevemente, distinguir "invasão" de "ocupação".

Consoante o entendimento de Farias e Rosenvald (2014, p. 92-93 e 96), a invasão é o esbulho possessório e ilícito por uso de força para acesso ao bem jurídico imóvel. Já a ocupação é um o ingresso de um bem abandonado pelo proprietário, privados de sua função social. No caso das ocupações urbanas, é evidente de que o uso correto é o do termo "ocupação", onde "o acesso à moradia pode ser contraposto ao direito de propriedade, pelo fato de ela não cumprir sua função social".

O que intenta o MTST é a aquisição da posse dos imóveis adentrados, ociosos e não utilizados, não cumprindo sua função social. O próprio movimento é consciente da norma da função social, e de que não se considera o verbo "invadir", mas sim "ocupar", pois o próprio ato tem objetivo de que o imóvel passe a cumprir a lei – da função social da propriedade. Dessa forma, o complemento da função social da propriedade ao direito social à moradia seriam instrumentos para a luta por reforma urbana com o devido apego à Constituição Federal de 1988. (BOULOS, 2012, p. 45)

2.2 Evidências da crise habitacional e o posicionamento classista

A cartilha do MTST foi escrita pelo dirigente nacional do Movimento, Guilherme Boulos, ela é dividida em cinco capítulos, contando com introdução escrita pelo próprio líder e representante. Nesse introito o autor já afirma que o objetivo da cartilha é de responder perguntas, justificando o título "Por que ocupamos" (BOULOS, 2012).

O primeiro capítulo – chamado "o problema da moradia no Brasil" aponta para dados quantitativos que apontam a desigualdade urbana e o número expressivo de brasileiros em habitação precária ou sem moradia. Passíveis de teste: Segundo os dados do IPEA, coletados conjuntamente com as pesquisas do IBGE, revela que o déficit habitacional no Brasil é de 4.502.572 (quatro milhões, quinhentos e dois mil e quinhentos e setenta e dois) domicílios. Distribuídos entre os apontados componentes de inadequação habitacional metodologicamente escolhidos pelo instituto. Cabe apontar, de que o déficit calculado pelo mesmo instituto em 2007 apontava o número de 4.607.176 domicílios como a quantidade deficitária. Portanto, uma redução de cerca de 1,5%.[6]

Segundo os dados do IPEA, coletados conjuntamente com as pesquisas do IBGE, revela que o déficit habitacional no Brasil é de 4.502.572 (quatro milhões, quinhentos e dois mil e quinhentos e setenta e dois) domicílios. Distribuídos entre os demonstrados componentes de inadequação habitacional metodologicamente escolhidos pelo instituto. Cabe apontar, de que o déficit calculado pelo mesmo instituto em 2007 apontava o número de 4.607.176 domicílios como a quantidade deficitária. Portanto, uma redução de cerca de 1,5%.

---

6 Segundo nota técnica do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o déficit passou de 10% (em 2007) para 8,53% em 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131125_notatecnicadirur05.pdf Acesso em: 01/04/2016

Para tal, segundo apontado em Maricato (2013, p. 22-23), os investimentos de capital privado em habitação passaram de R$ 1,8 bilhão em 2002, para R$ 79,9 bilhões em 2011. O investimento subsidiado pelo governo federal cresceu de R$ 784.727 milhões para cerca de R$ 5,3 bilhões em 2001. Ainda, aqueles brasileiros classificados como "abaixo da linha de pobreza" caíram de 37,2% para 7,2% no período de 2003 e 2011. Porém, é de se questionar o motivo de o crescimento de famílias devidamente domiciliadas e em condições adequadas de habitação, não ter sido em dimensão similar aos investimentos públicos ou privados na área.

Pelo exposto nos dados quantitativos do IPEA, verifica-se quem os problemas de habitação acabaram por favorecer ao longo dos últimos anos de "desenvolvimento" do Brasil: certa classe média, mas não as camadas trabalhadoras de baixa renda.

> O coração da agenda da reforma urbana, a reforma fundiária/ imobiliária, foi esquecido. Os movimentos sociais ligados à causa se acomodaram no espaço institucional onde muitas das lideranças foram alocadas. Sem tradição de controle sobre o uso do solo, as prefeituras viram a multiplicação de torres e veículos privados como progresso e desenvolvimento. Uma certa classe média viu suas possibilidades de galgar à casa própria aumentarem, especialmente graças a medidas de financiamento estendido e institucionalização do seguro incluídos no Minha Casa Minha Vida. (MARICATO, 2013, p. 23)

O segundo capítulo intitulado "Que cidade é essa?"aponta para as contradições do desenvolvimento urbano, da forma desigual em que se desenvolveram as cidades brasileiras, favorecendo hoje a especulação imobiliária e a segregação – a chamada "cidade do Capital" (BOULOS, 2012, p. 28-45).

O modo de reprodução e crescimento capitalista é, portanto, movido pela acumulação pela acumulação (HARVEY, 2005, p. 43). A acumulação é a força motriz da sociedade burguesa, através da circulação de capital (distribuição e redistribuição) (BOTTOMORE, 2001, p. 01). Conforme define o sociólogo do urbanismo, Lúcio Kowarick (1979, p. 55) em sua mais reconhecida obra, "A espoliação Urbana":

> Esta é a marcha histórica geral do processo de acumulação, cuja obviedade torna desnecessárias maiores clarificações, a não ser aquela que aponta para o fato que o desenvolvimento das forças produtivas não se dá de maneira uniforme e linear; ao contrário, ocorre de modo desigual, no qual coexistem de forma articulada empresas com alta densidade de capital constante e unidades cujas modalidades produtivas dificilmente poderiam ser caracterizadas como plenamente capitalistas.

Todavia, segundo Marx[7], o processo de acumulação assume uma tendência à concentração e à centralização do capital, sendo impossível uma acumulação idêntica em todas as esferas dos meios de produção (HARVEY, 2005, p. 69), já que o que existe com a classe trabalhadora, é sim, expropriação:

> Não há reciprocidade nem igualdade. Sim, a acumulação do dinheiro está lá, bem como os mercados, mas o processo real é diferente. Trata-se da expropriação violenta de toda uma classe de pessoas sobre os meios de produção. (HARVEY, 2013, p. 280)

Em vista disso, é fundamental enxergar a estratificação em classes sociais de um modo a vincular obrigatoriamente com as relações sociais de produção. Ainda, nada obstante levar em conta a

7 Cap. 24, VII do Volume I de O Capital. Em: MARX, 2013, P. 1010-1014.

concepção teórica segundo Gramsci[8], de que cada estrato social possui seu "senso comum" e seu "bom senso", uma linguagem ou ideologia – elemento para compreender o interesse da classe burguesa em defender a propriedade. Formando a estrutura ideológica de hegemonia.

> As classes sócias não são, de fato, uma "coisa empírica" cujas estruturas seriam o conceito: elas conotam relações sócias, conjuntos sociais, mas são o seu conceito, ao mesmo título que os conceitos de Capital, de trabalho assalariado, de mais-valia constituem conceitos de estruturas, de relações de produção. De modo preciso, a classe social é um conceito que indica os efeitos do conjunto das estruturas, da matriz de um modo de produção ou de formação social sobre os agentes que constituem os seus suportes; esse conceito indica pois os efeitos da estrutura global no domínio das relações sociais. (POULANTZAS, 1977, p. 65)

Embora não esclarecido de maneira indiferenciada, a leitura atenta aos textos de Marx poderá se descobrir as diferenças entre relações de produção e relações sociais de produção. Para Poulantzas (1977, p. 64), as relações de produção geram efeitos, sobre as relações sociais, uma distribuição dos agentes de produção em classes sociais, caracterizando então as relações sociais de produção. Portanto, a formação de classes é o ponto de partida da teoria marxista (BOTTOMORE, 2001, p. 61), sendo através dela o fundamento de grande parte dos argumentos dos movimentos sociais de luta por moradia. Dotada dos conceitos de consciência de classe, acumulação, estratificação, mais-valia, entre outros; A desigualdade social e habitacional é apurada e exposta.

Dotada de consciência, a classe trabalhadora se posiciona em lado contrário à ideologia liberal e seus interesses, como o seu conceito jusnaturalista de liberdade (onde a propriedade é manifestada). A ideologia - "entendido como o registro de pressões deformadoras atuando sobre o processo de elaboração do conhecimento" (KONDER, 2002, p. 15)-, acerca da propriedade, é aonde se situa a luta de classes, no antagonismo entre proprietários e as ocupações do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto, que são: "aqueles trabalhadores a quem o capitalismo atacou de modo brutal, com suas armas mais afiadas: o desemprego, baixos salários, trabalho informal, super-exploração" (BOULOS, 2012, p. 52).

3 MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – AMOR PELA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

O problema de escassez de habitação é realidade, fora discutido já em meio ao século XVIII por Engels (2015, p. 71) como consequência do próprio capital e a exploração dos trabalhadores, porém, a teoria em que se funda o socialismo, não domina a solução da questão almejada pelo MTST. Em conformidade com as estruturas do Estado atual e as evoluções do formalismo jurídico, a proeminente solução da causa é balizada em reforma da instituição da propriedade privada, no argumento jurídico construído na modernidade e ainda em expansão, a *constitucionalização do Direito*[9].

---

8 Todo estrato social tem seu "senso comum" e seu " bom senso", que são, no fundo, a concepção da vida e do homem mais difundida. Toda corrente filosófica deixa uma sedimentação de "senso comum": é este o documento de sua efetividade histórica. O senso comum não é algo rígido e imóvel, mas se transforma continuamente, enriquecendo-se com noções científicas e com opiniões filosóficas que penetraram no costume. O "senso comum" é o folclore da filosofia e ocupa sempre um lugar intermediário entre o folclore propriamente dito (isto é, tal como é entendido comumente) e a filosofia, a ciência, a economia dos cientistas. O senso comum cria o futuro folclore, isto é, uma fase relativamente enrijecida dos conhecimentos populares de uma certa época e lugar. " Em: GRAMSCI, 2001, P. 209.

9 "Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional, potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista" em: BARROSO, 2009, P. 371-372.

Se opondo ao intuito revolucionário que visa a abolição do modo de produção capitalista por inteiro e – por consequência-, a acumulação de propriedade privada, insurge a teoria com a possibilidade da reforma dos conceitos políticos e jurídicos, para melhor atender a consagração de justiça e democracia[10]. Cabe assentar de que ainda sim são posicionamentos para ou de classe, ou seja, são reformas sociais requisitadas pelos movimentos da classe operária, mudanças em favor dessa classe dominada[11]. Um socialismo que busca enfatizar seu caráter democrático, uma revisão crítica ao pensamento de Marx, com um dos seus principais expoentes em Bernstein[12]. Onde, segundo Bobbio (1998, p. 681), o marxismo chegaria ao reformismo.

O sentido de reformar os direitos através de atos legislativos, é uma das principais características do Estado Democrático de Direito[13], onde a Constituição Federal tem supremacia, alicerçando o ordenamento jurídico e dando possibilidades ao Poder Reformador para ampliação de direitos. Nesse sentido se estrutura o conceito de função social da propriedade dentro da forma jurídica.

Portanto, a propriedade privada com condição de exercício necessariamente vinculada à sua função social é uma conquista de direito dentro da própria estrutura jurídica. Onde as lutas pela moradia poderiam ter seus interesses atendidos de acordo com a efetividade da Constituição e sua segurança jurídica[14].

3.1 O tratamento jurídico contemporâneo da propriedade privada

O Constitucionalismo do Estado, de forma velada, desde a modernidade irá atrelar a existência do Estado a de um território/ propriedade, dando legitimidade para um modelo político de concentração de poder e riqueza (LEAL, 1998, p. 34 e 48). Pela doutrina francesa, foi entendido o a problemática da propriedade de forma crítica, com Josserand e Duguit, avançam na teoria em prol da ligação entre elementos políticos e sociais e a reflexão jurídica. Através deste último, se deu por consolidado o direito da função social, onde o direito encontra seu fundamento em um substrato social (BARRETO, 2005), embora por Grau (1979, p. 17-27) seja informado que a gênese do conceito esteve em Auguste Comte.

Entretanto, devemos anteriormente demonstrar a conceituação do sistema jurídico ao instituto de propriedade e domínio e de como estão sendo adequados ou impostos pela dogmática jurídica atual. Neste sentido, no intuito de respeitar parâmetros metodológicos e atualizados, adotamos a teoria da propriedade como direito *complexo,* que se instrumentaliza pelo domínio (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 225), portanto, propriedade e domínio são conceitos distintos, indissociáveis e complementares (ARONNE, 2014, p. 67).

10É possível identificar no pensamento de Habermas essa possibilidade de construção e chegada a justiça política alheia à revolução: "A ideia de reformismo radical, que Habermas defendeu desde seus primeiros textos, aponta exatamente para a íntima imbricação entre a política administrativo-partidária com os movimentos sociais e as iniciativas cidadãs, no sentido de, por meio de reformas paulatinas em todas as áreas da sociedade, consolidar-se efetivamente o sentido substantivo, inclusivo e universalista da democracia" Em: DANNER, 2012.

11Conforme Bobbio, o movimento operário contemporâneo já rompeu com o intuito revolucionário, centralizando suas lutas nas reformas sociais: "o movimento operário serve, com absoluta "maturidade", das táticas de luta, utilizando os instrumentos tradicionais, o partido e o sindicato de classe, mas fazendo deles um uso que superou a cisão entre reformas e revolução e procurando realizar ou fazer com se realizem as reformas, mediante o uso correto das instituições existentes" em: BOBBIO, 1998, P. 785.

12"Bernstein rompe com a perspectiva revolucionária, aderindo a um reformismo evolucionista" em: ANDRADE, 2006.

13 "Uma adaptação melhorada das condições sociais de existência" em: STRECK; MORAIS, 2012, P. 93

14 "Os instrumentos jurídicos devem se compatibilizar com as necessidades organizacionais da sociedade que aspira melhorar e progredir em todos os segmentos da vida comunitária" EM: THEODORO JÚNIOR, 2006.

> A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado, nessa perspectiva, é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para instituições e funções da vida privada, especialmente para a propriedade.
> O reinado secular dos dogmas que engrossaram as páginas de manuais e engessaram parcela significativa do Direito Civil começa a ruir. Nas sociedades de exploração, ao redor dos conceitos encastelados pela hábeis mãos da lógica formal, se enfileiram fatos que denunciam o outono do conformismo racional.(ARONNE, 2014, p. 48)

De indissociável natureza jurídica, a função social da propriedade pode viabilizar maior acesso ao direito social à moradia, constituindo ordem social, fugindo da concepção antiga de ordem econômica, perdendo carga individualista e ganhando condição fundamental do direito de propriedade (FERNANDES, 2014, p. 1207). Porém, é vital salientar o caráter paliativo da função social da propriedade, servindo para conter as contradições do sistema capitalista, ou seja, "integraria justamente o conjunto de medidas estatais para conter as crises que advêm da referida contradição" (MELO, 2012, p. 77). Mesmo após essa sua transformação em direito coletivo. Ora como anseio da ordem econômica ou política urbana.

Para o andamento correto da incidência da função social na concepção jurídica da propriedade na Carta Política de 1988, resta mencionar a divisão da função social da propriedade: ora como princípio da ordem econômica, atuando na intervenção do Estado sob a economia. Já que a propriedade privada é um dos princípios da atividade econômica estipuladas na constituição[15].

> É por este sentido dado à propriedade privada que se é capaz de exigir por meio do ordenamento jurídico um uso privado compatível com o interesse público, buscando um equilíbrio entre o lucro privado e o proveito social. (DERANI, 2008, p. 238)

Além deste, a Constituição ainda se apresenta como definidora do regime de política urbana e fundiária, nos seus artigos 182 e 186. E se comunicando aos direitos sociais do artigo 6º, onde consta o direito à moradia.

3.2 O direito à moradia

O direito à moradia deve se consolidar como princípio constitucional, diretamente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo norteador das novas perspectivas acerca do conceito de propriedade e o tratamento dos direitos reais. A ordem jurídica, fundada em solidariedade social[16], reconhece que os bens não são dados ao homem para que levem a sua fruição até o ponto em que o seu exercício atente contra o bem comum" (PEREIRA apud FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 270). Por exemplo, na Constituição da República do Brasil, afixa um princípio de relevância pública, constante no art. 5º, XXII e XXIII.

Essa evolução implicou também a superação da concepção de propriedade como direito natural, porém, a perspectiva dominante do direito à propriedade privada, é dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, que fica então, sujeita à estreita disciplina de Direito Público, fundamentada na norma

---

15 Art. 170. II. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

16 Conforme o entendimento do filósofo do Direito e Jurista Francês, Leon Duguit. "A regra de direito imposta aos governantes é a mesma para os governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações recíprocas entre governados, só pode haver uma regra de direito, que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social." Em: DUGUIT, 2009, P. 106.

constitucional (DA SILVA, 2014, p. 274), sendo de suma importância sua aplicabilidade, respeito sua forma e eficácia. Trazendo ao tratamento do direito de propriedade pelo direito, sua força constitucional.

Na referência do direito à moradia, ele não pode se limitar ao conceito de propriedade, mas sim ser diretamente associado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, compondo o mínimo existencial para uma vida digna (RANGEL, 2014). São direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, aqueles de prestação do Estado ao cidadão, associado diretamente ao princípio da igualdade (DA SILVA, 2014, p. 287). Consolidando como política de Estado a busca por moradia, um poder-dever do Poder Público que implica concessão e contrapartida de direito correspondente à necessidade de quem precisa de acesso à habitação (DA SILVA, 2014, p. 318).

Portanto, por meio do fundamento de direito fundamental social, respeitando a condição imprescindível do exercício e o próprio direito de propriedade (ARONNE, 2001, p. 183), a função social, o Estado poderá através da proteção maior ao direito à moradia - proteger quem está à luta por lugar para morar - tão simplesmente. Através de atuação positiva, pois é um direito de aplicabilidade imediata, já que se trata de afirmação de direito público subjetivo, obriga o poder público a atuar no sentido de sua realização (CHEMERIS, 2012, p. 107). Por meio do regimento constitucional, deve o legislador zelar pelo direito à moradia – indissociável da função social da propriedade -, através de atividade de concretização de programa da norma programática.

4 DIREITO, IDEOLOGIA E OS LIMITES DO "SOCIALISMO JURÍDICO"

Para Alysson Leandro Mascaro (2008, p. 217-218), a legalidade e o discurso de soberania são garantias da impossibilidade de autonomia para a maior parte do povo – os trabalhadores-, mas sim da prática do domínio sobre as classes subalternas pela burguesia. Ou seja, o capitalismo constrói a legalidade sob uma pretensa universalização baseada na igualdade, restringindo os ânimos da contestação e da transformação (MASCARO, 2008, p. 217-218).

Constatando a legalidade como instrumento de classe, é de ressaltar a ideia que a progressão gradual de direitos adquiridos pela classe proletária é o que manifesta e deseja a ideologia do "socialismo jurídico", negligenciando a tomada de poder do Estado e dos meios de produção pela classe. Conforme aponta Mendonça (2007, p. 35) como consequência dessa postura: "o socialismo jurídico circunscreve a luta de classes ao âmbito da legalidade".

Tal crítica acentuada às soluções jurídicas e o cunho do termo "ideologia do socialismo jurídico" provém do texto escrito por Engels e Kautsky (2012), criticando ensaio de Anton Menger intitulado "*Das RechtaufdenvollenArbeitsertrag in geschinctlicherDarstellung*(o Direito ao produto integral do trabalho historicamente imposto), que visava reelaborar o socialismo proposto por Marx sob o ponto de vista jurídico. Sob a guarida do ensinamento de Naves (2014, p. 96-100), na perspectiva de O Capital, a transformação da sociedade para o comunismo, em seu período de transição não deve obedecer aos ditames jurídicos, que as relações e a ideologia jurídica podem acabar por bloquear a transição, exigindo, assim, a extinção da forma jurídica.

Adotando essa posição "radical" da extinção da forma jurídica, viria a visão do jurista soviético Pachukanis, que relaciona a forma jurídico à forma mercantil, sendo indissociáveis, devendo o socialismo jurídico ser combatido politicamente da mesma forma que o modo de produção capitalista (NAVES, 2008, p. 87). Ainda mais, entendendo o sujeito de direito como o guardião da mercadoria – portanto, uma forma específica do capitalismo, é impossível conceber uma forma jurídica que não seja a mesma do direito burguês, apontando também por esse viés a inviabilidade e os inevitáveis malefícios do "socialismo jurídico" (KASHIURA JR, 2014, p. 236-240).

4.1 Marxismo e a crítica da legalidade na questão da moradia/propriedade

No entendimento de Marx e Engels, disposto no Manifesto Comunista, a classe burguesa é responsável pela aglomeração da população, a centralização dos meios de produção e a concentração de propriedade na mão de poucos (2007, p. 44). Ainda, Engels salienta que à burguesia, ciente dos problemas de habitação resultantes da desigualdade proprietária, se concentram, à época, na oposição entre cidade e campo, portanto, é falha[17]. Para o pensador alemão, o modo de produção capitalista e o desenvolvimento das cidades modernas têm vínculo indissociável; somente sanável pela via revolucionária e o fim do modo de produção capitalista:

> É um contrassenso querer solucionar a questão da moradia e preservar as metrópoles modernas. As metrópoles modernas, contudo, somente serão eliminadas pela abolição do modo de produção capitalista e, quando esta tiver sido posta em marcha, as questões que deverão ser tratadas serão de natureza bem diferente daquela de conseguir para cada trabalhador uma casinha que lhe pertença.
> Num primeiro momento, porém, qualquer revolução social terá de lidar com as coisas como são e remediar as mazelas mais gritantes com os recursos disponíveis. E, nesse tocante, já vimos que a escassez de moradia pode ser imediatamente amenizada pela expropriação de uma parte das moradias de luxo pertencentes às classes possuidoras e pela transformação da outra parte em alojamento (ENGELS, 2015)

Para o pensamento marxista acerca da forma jurídica, conforme Edelman (1975, p. 145-150), é o direito o instrumento que garante a manutenção da circulação, tornando possível o modo de produção capitalista, construído de forma classista[18]. Marx, diria que o direito o mesmo que disse do Estado, de que ele está vinculado diretamente às relações históricas sociais capitalistas (MASCARO, 2013, p. 117). No entanto, não visa a revolução comunista, acabar com toda a forma de propriedade – como o anarquista Proudhon proporia-, mas sim acabar com a propriedade burguesa, fonte e resultado de exploração do trabalho e de como o modo de produção capitalista já havia acabado com as formas anteriores de propriedade:

> O que caracteriza o comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa.
> Mas a moderna propriedade privada burguesa é a última e mais perfeita expressão do modo de produção e de apropriação baseado nos antagonismos de classes, na exploração de uns pelos outros.
> Nesse sentido, os comunistas podem resumir sua teoria numa única expressão: supressão da propriedade privada
> Nós, comunistas, temos sido censurados por querer abolir a propriedade pessoalmente adquirida, fruto do trabalho do indivíduo – propriedade que dizem ser a base de toda a liberdade, de toda atividade, de toda independência individual (ENGELS; MARX, 2007, p. 52)

Para o jurista soviético Evgeny Pachukanis (1988, p. 88-89), calcado no marxismo[19], o período de transição para a sociedade comunista – o socialismo, constituiria da propriedade estatal dos meios de produção e futuramente em uma economia planificada a extinção da forma jurídica, como a

---

17 "A sociedade capitalista, longe de poder suprimir essa oposição, é força, ao contrário, a exacerbá-la" Em: ENGELS, 2015, P. 80

18 "Tudo isto é decididamente posto em causa por K. Marx, ao definir o direito como um facto essencialmente classista, por meio do qual os grupos dominantes exercem o seu poder sobre os demais e o perpetuam" HESPANHA, 2005, P. 445

19 "O texto de Marx, oferece elementos de sustentação à concepção pashukaniana, pois, em nenhum momento Marx admite a possibilidade de que se constitua um sistema de direito "socialista" em qualquer fase da transição para o comunismo". NAVES, 2008, P. 90

superação do modo de produção capitalista. Sendo fundamental a edificação de uma cultura sem classes do futuro. Portanto, para a teoria marxista de Pachukanis, "não é a propriedade concebida como função social que é o efetivo oposto da propriedade, mas a economia socialista planificada, isto é, a destruição da propriedade" (PACHUKANIS apud Naves, 2008, p. 100-101).

Dessa maneira, conforme o jurista soviético, não é possível o socialismo associado ao direito – ou o socialismo por meio de instituições jurídicas. Sendo o direito, uma forma do capitalismo, torna a revolução – e não a reforma por meio das instituições jurídicas – a única capaz de transformar a vida da classe trabalhadora.[20]A impossibilidade de transformações plenas por via da forma jurídica – por essa mesmo estar diretamente atrelada à forma do Capital-, impõe severos limites para a ação de movimentos sociais revolucionários, se esses utilizarem e confiarem somente nas instituições jurídicas. No que já afirmava Engels (2015, p. 109), adequado e atual em sua literalidade:

> Os focos de epidemias, as covas e os buracos mais infames em que o modo de produção capitalista trancafia nossos trabalhadores noite após noite não são eliminados, mas transferidos para outro lugar! A mesma necessidade econômica que gerou no primeiro local gerará no segundo. E, enquanto existir modo de produção capitalista, será loucura querer resolver isoladamente a questão da moradia ou qualquer outra questão social que afete o destino dos trabalhadores. A solução está antes da abolição do modo de produção capitalista, na apropriação de os meios de vida e trabalho pela própria classe trabalhadora.

4.2 Como lidar com os limites das propostas jurídicas

O estudo das evidências materiais pode revelar avanços ou melhorias nas condições de moradia dos trabalhadores seguindo as propostas constitucionais, para consolidar o acesso à moradia como direito fundamental acima dos interesses de ordem econômica, assim, mesmo constatando o ordenamento jurídico como mecanismo ideológico da classe burguesa e evitando idealismos.[21] Ao passo que a compreensão e as diretrizes apontadas pela função social da propriedade e o direito social à moradia, ao menos, dão amparo ao MTST frente ao Estado, podendo ao menos exigir.

Mesmo com o resguardo que se exige dos dogmas do direito, estabelecidos sob a forma da estrutura social capitalista (LYRA FILHO, 1980, p.24), e possível mesmo dentro do sistema dogmático, alcançar maiores direitos. Como podemos notar nas conclusões de Tarso de Melo (2012, p. 151) em seus estudos críticos acompanhando a luta do Movimento Dos Trabalhadores Sem Terra, podem servir de lúcida analogia aos lutadores sem-teto dos centros urbanos:

> A crítica do capitalismo e, no caso, das ilusões jurídicas que o fortalecem é indispensável. Se o sistema tem limites e possibilidades, eles devem ser forçados, como o fazem os militantes da luta pela terra; enquanto limites resistirem, que ao menos as possibilidades do sistema deem uma vida mais digna ao maior número de pessoas possível.

O Movimento Dos Trabalhadores Sem-Teto tem dito reiterada participação política nas comunidades em que atua, é possível relatar várias ocasiões onde esse movimento social serve de

---

20 "O direito é, irremediavelmente, uma forma do capitalismo. Assim sendo, é a revolução– e não a reforma por meio de instituições jurídicas – a única opção realmente transformadora das condições das classes trabalhadoras" Alysson Leandro Mascaro em introdução à obra "O Socialismo Jurídico" de Engels. Em: ENGELS, 2015, P. 71.

21 "A constatação da natureza ideológica de um dado conceito não nos dispensa de modo algum da obrigação de estudar a realidade objetiva, isto é, a realidade que existe no mundo exterior e não apenas na consciência" em PACHUKANIS, 1988, P.38.

ponte ao diálogo entre trabalhadores em habitação precária e o Poder Público e os entes da Administração Pública. [22]

Para o próprio MTST, é a participação numa ocupação organizada que desperta o trabalhador ora desatento com as possibilidades de luta por moradia (BOULOS, 2012, p. 66). Por meio da ocupação coletiva o movimento estabelece sua ação social ativa, que deverá se comunicar com o Direito. Onde por ele passará o exame da coerência com o sistema jurídico vigente, inserindo ou não na linguagem jurídica os anseios populares.[23]

> Ao tornarem-se parte ativa, unidos a outros companheiros pelo mesmo interesse coletivo, muitos sem-teto desenvolvem uma nova visão das relações sociais e políticas em que estão inseridos, passando a atuar de modo mais crítico e ativo no conjunto de sua vida. (BOULOS, 2012, p. 66)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas evidências deste trabalho é cogente concluir que as alternativas jurídicas para a questão da moradia, podem ser efetivas ao ponto de reduzir as consequências da acumulação de propriedade privada. A função social da propriedade como obrigação ao direito de ser proprietário e o direito à moradia instituído como objetivo do Estado, têm trazido à sociedade uma gama de possibilidades de conquista de direitos para a classe trabalhadora – a maior necessitada de tais direitos. Onde se insere o MTST.

Porém, tais soluções não atacam o fator gerador das desigualdades, que se concentra na forma do Estado, originário e regulado pela lógica do Capital. O ato de ocupar como ação do MTST, é legitimado pela premissa do descumprimento da função social da propriedade – termo e instrumento jurídico. Portanto, a luta de um movimento é adequada à forma jurídica, essa forma jurídica que não se desvincula integralmente da forma de Estado capitalista. Segue o ritmo da acumulação da propriedade privada. A solução, porém, diverge quanto à adoção do Direito como instrumento de mudança, ou a quem entenda o Direito como instrumento contrário, de manutenção e poder de uma única classe – a burguesia.

O MTST tem o papel de participar da política, pois como movimento social organizado, possui legitimidade garantida para instruir e sancionar as ações do Estado. Para que então chegue aos seus objetivos, para que se cumpra a função social da propriedade e o direito à moradia chegue a todos. Entretanto, é pela teoria crítica ao capitalismo, entendida como insuficiente para conferir as demandas dos trabalhadores. Onde a crítica contemporânea situa o Estado e o Direito como indissociáveis do próprio capitalismo. Portanto, mesmo com as promessas legais, são ainda vigorantes as contradições do capitalismo.

Segundo Márcio Bilharinho Naves, em seus estudos alicerçados na teoria de Pachukanis, a própria função social da propriedade é uma legitimação da propriedade, não podendo ser concebida de forma socialista. O Socialismo exigiria a extinção da forma jurídica em que se assenta a propriedade privada. Consonante ao pensamento clássico de Friedrich Engels, onde o "socialismo" por meio do Direito é uma contradição em si. Pois socialismo e jurídico são posições contrárias, impossíveis de ser associadas.

---

22 Para exemplificar, vide notícia: "Após protesto e reunião com a Sabesp, MTST diz que 'foi aberto canal de diálogo'", disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1522676-mtst-diz-que-foi-aberto-canal-de-dialogo-com-a-sabesp-manifestacao-esta-na-marginal.shtml. Acesso em: 04/04/2015.

23 "O legislador político só pode utilizar suas autorizações de normatização jurídica para a fundamentação de programas de leis compatíveis com o sistema de direito e acopláveis ao corpus das leis vigentes. Sob esse aspecto jurídico, todas as resoluções têm que ser submetidas a um exame de coerência". Em: HABERMAS, 1997, P. 210.

Este trabalho buscou, dentro de sua singeleza, demonstrar a evolução do reformismo pelo Direito, porém, apontando as contradições dele junto ao pensamento crítico ao Capital. Anotando as propostas do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto como inseridas dentro da lógica capitalista, pois não se separam da forma jurídica, assemelhada e estruturada em conformidade com a forma mercantil do capitalismo.

Ao mesmo tempo em que são mencionadas tais contradições e incongruências, é impossível deixar de reconhecer os avanços do Direito ao alcançar mais pessoas sedentas por direitos, que sem a atuação jurídica não lhe seriam conferidos. Somente por meio da função social da propriedade, o direito de propriedade deixou de ser absoluto e privado, sofre da força cogente do interesse público, espelhado, dentro do possível, no interesse social. O direito à moradia como norma constitucional, estabelece diretriz para que a gestão pública busque o direito de morar das populações necessidades. A moradia é obrigação no império da lei. Sem o direito positivo estabelecido, não restariam meios de buscar à moradia.

Se as soluções jurídicas atacam as contradições do Capital ou podem extinguir a luta de classes, não, elas não alcançam tal possibilidade. Serão apenas paliativos e amenizadores dos problemas causados pela expropriação do trabalho e a acumulação – já apontados por Marx no século XIX. Porém, o Direito consegue pretender alicerçar condições de maiores direitos para um número cada vez maior de pessoas. Mesmo assim, deve seguir a teoria crítica ao capitalismo em apontar suas contradições e incongruências, à maneira de forçar os limites do Capital ao máximo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Joana El-Jaick. Eduard Bernstein e a social-democracia. Plural (São Paulo. Online), [S.l.], v. 13, p. 5-34, Jan. 2006. ISSN 2176-8099. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/75159>. Acesso em: 05 Abr. 2015.

ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes ao fundamento contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Propriedade e Domínio - A Teoria da Autonomia: Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional. 2ª Edição. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função social da propriedade: análise histórica. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7164>. Acesso em: 23 setembro. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política – Volume I. Tradução: João Ferreira. 11ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOTTOMORE, Tom. Dicionário do pensamento marxista. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOULOS, Guilherme. Por que ocupamos?: Uma introdução à luta dos sem-teto. 1ª Edição. São Paulo, Scortecci, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

CHEMERIS, Ivan. A função Social da Propriedade: O Papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2002.

DA SILVA, José Afonso; Curso de direito constitucional positivo. 37° Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

DANNER, Leno Francisco. Habermas e a Ideia de Reformismo Radical: Justiça Política em Tempos de Pós-Socialismo e de Crise do Capitalismo. Revista Estudos Políticos. Vol. 5, nº 1. ISSN 2177-2851, pg. 170-190, 2012.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi. 3ª Edição. São Paulo: Martin Claret, 2009.

EDELMAN, Bernard. O Direito Captado Pela Fotografia: Elementos para uma teoria marxista do Direito. Tradução: Soveral Martins; Pires de Carvalho. 1ª Edição. Coimbra: Centelha – SARL, 1976.

ENGELS, Friedrich. A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra. Tradução: B. A. Schumann. Edição Revista. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. Sobre a questão da moradia. Tradução: Nélio Schneider. 1ª Edição. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____; MARX, Karl. Manifesto Comunista. 1ª Edição. 5ª reimpressão. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Volume 5: Direitos Reais. 10ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

GOHN, Maria Da Glória. Teoria dos Movimentos Sociais: Paradigmas Clássicos e Contemporâneos. 6ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GRAMSCI, Antonio. Cadernos do cárcere. Volume 2: Os intelectuais, O princípio educativo, Jornalismo. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito econômico). Enciclopédia do Direito. vol. 39. São Paulo: Saraiva, 1979.

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. Tradução: Carlos Szlak. 1ª Edição. São Paulo: Annablume, 2005.

_____. Para Entender o Capital. Livro I. Tradução: Rubens Enderle. 1ª Edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. 1ª Edição. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KASHIURA JR, Celso Naoto. Sujeito de Direito e Capitalismo. 1ª Edição. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

KONDER, Leandro. A Questão da Ideologia. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KOWARICK, Lúcio. A Espoliação Urbana. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. 1ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: Maricato [et al]. Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaras as ruas do Brasil. 1ª edição. São Paulo, Boitempo; Carta Maior. 2013.

MARX, Karl. O Capital – Crítica da Economia Política. Livro I – O processo de produção do capital. Tradução: Rubens Enderle. 1ª Edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro.2ª Edição. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

_____. Introdução ao estudo do Direito. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Tarso de. Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural. 2ª Edição. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Editorial, 2012.

MENDONÇA, José Carlos. A ideologia do socialismo jurídico. 1ª edição. Rio de Janeiro: Corifeu, 2007.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Posse e propriedade. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

NAVES, Márcio Bilharinho. A Questão do Direito em Marx. 1ª Edição: Dobra Editorial, 2012.
_____. Marxismo e Direito. 1ª Edição rev. São Paulo: Boitempo, 2008.

PACHUKANIS, Evgeny. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

POULANTZAS, Nicos. Poder Político e classes sociais. Tradução: Francisco Silva. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. O Direito Fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. Veredas do Direito, Belo Horizonte. v.6. n.12. p.57-78. Julho-Dezembro de 2009. Disponível em:
http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77/132. Acesso em 30/04/2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. O Discurso e o Poder: Ensaio Sobre a Sociologia da Retórica Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. P. 78.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. rev. atual. ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 300.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como Liberdade: O Direito achado na Rua. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2011. P. 168.

STEDILE, João Pedro; FERNANDES, Bernardo Mançano. Brava Gente – A Trajetória do MST e a luta pela terra no Brasil. 1ª Edição. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. P. 47.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 93

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Onda Reformista do Direito Positivo e suas implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 35, p. 15-48, 2006.

COMUNIDADE DA VILA DOS PESCADORES DO JARAGUÁ, MACEIÓ/AL E A GARANTIA DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL DA MORADIA ADEQUADA

Profa. Dra. Alessandra Marchioni[1]

RESUMO: Em 17 de junho de 2015, a Vila dos Pescadores de Jaraguá foi desocupada da orla marítima de Maceió/AL e as 150 famílias, que ainda permaneciam no local, foram removidas em cumprimento de uma decisão judicial. Dentre os fundamentos utilizados para justificar a remoção da "coletividade invasora" a um conjunto habitacional, localizado há 4 km de distância, está a natureza da atividade econômica da comunidade, uma vez que a pesca poderia ser praticada em qualquer lugar do litoral. No entanto, para além dessas considerações econômicas, deve-se ponderar outros critérios, como "a moradia adequada" daquela população, que inclui o respeito aos costumes tradicionais e aos laços culturais e identitários da comunidade. Nesse contexto, um conjunto de questionamentos de natureza sócio-jurídica é proposto para verificar a (in) efetividade do direito internacional ("direito à moradia adequada") quando confrontado com os interesses de planejamento e gestão pública urbana municipal. Nessa pesquisa, será utilizado o método de abordagem sociológico de Pierre Bourdieu, com enfoque para a identificação do *habitus*praticado por aquela comunidade tradicional, relacionado aos *campos social e jurídico,* cujos resultados se encontram relativizados pelo *enjeux de force* entre a comunidade tradicional, a Prefeitura e o setor imobiliário.Para tanto, será utilizada a metodologia observacional e qualitativa. Nesse caso, foi possível identificar que a solução judicial distancia-se de todo modo da matriz normativa contemporânea, que inclui a prática das comunidades como fator de ponderação. Assim, fica evidenciado que a "nomeação" jurídica é resultado da "guerra de posições" nos *campos social e jurídico,* que tende a confirmar o espírito de nobreza do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidade tradicional. Vila de Pescadores de Jaraguá. Direito à moradia adequada.

1 INTRODUÇÃO

Em 23 de setembro de 2013, a Prefeitura de Maceió ingressou com Ação Civil Pública contra a denominada "Coletividade invasora que constitui a Favela do Jaraguá e a Associação dos Moradores e Amigos do Bairro de Jaraguá" com o fim de remover as 450 famílias ali localizadas para a realização de uma obra de urbanização na orla marítima de Jaraguá. Informações obtidas no parecer técnico antropológico, nos autos do processo apontam que a "Vila dos Pescadores" tem como principal atividade econômica a pesca e sua cadeia produtiva (pescador, marisqueira, pombeiro e comerciante) em que participam diretamente 300 famílias. Mesmo vivendo em habitações precárias, muitas delas sob risco de incêndio, sem energia elétrica, água potável ou saneamento básico, cerca de 150 famílias preferem permanecer no local do que serem removidas para o Conjunto Habitacional no Pontal da Barra, construído pela Prefeitura. Segundo relatos dos próprios moradores, a opção de 150 famílias pela permanência no local estava relacionada para além da atividade econômica de subsistência, compreendendo também os costumes tradicionais e os laços culturais e de pertencimento daquela comunidade. Nesse sentido, a comunidade de pescadores artesanais não apenas pretendia ser reconhecida como comunidade tradicional, mas ter garantida a permanência no local em que moravam.

1 Universidade Federal de Alagoas. alemarchioni@hotmail.com

No entanto, em 17 de junho de 2015, a Vila dos Pescadores de Jaraguá foi desocupada e todas as famílias removidas, dentre essas, apenas 25 (vinte e cinco) famílias tinham assegurado o "direito à moradia" no Conjunto Habitacional da Praia do Sobral, localizado à 4 km do local de origem, outras 100 famílias ficaram sem destino, passando a receber um auxílio-moradia por prazo determinado.

No local, após quase um ano do fato, foram iniciadas obras de terraplanagem e fundição para a construção de um Projeto Arquitetônico (marina, balança de peixes, Museu no Pescador), denominado "Centro Pesqueiro", essa infraestrutura custeada pela Prefeitura em parceria com financiamento da Caixa Econômica Federal, tem como objetivo promover e beneficiar a economia local, com enfoque para o desenvolvimento do turismo e das práticas de lazer na orla da cidade.

Nesse contexto, uma questão de natureza sócio-jurídica parece ser central a esse estudo, considerando que seja possível identificar essa comunidade como uma comunidade de pescadores artesanais e partindo do pressuposto de que exista uma disputa de interesses entre aqueles moradores e a Prefeitura Municipal, projetada em escala territorial, naquela área litorânea: a comunidade de pescadores artesanais dispõe de um direito (normativa internacional) que lhe garanta o exercício de sua "tradicionalidade" e, por conseguinte, lhe permita a permanência no local?

Nessa esteira, pretende-se identificar na normativa internacional sobre o "direito à moradia adequada" e a "segurança jurídica da posse" (Comentário n.04 do Comitê do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/1966), bem como em sua interpretação específica, quanto ao elemento da proteção da "tradicionalidade" para fins de conservação à moradia, a justificativa para o exercício desses direitos e para a consequência fática: a possibilidade de permanência no local.

Nessa pesquisa será utilizado o método de abordagem sociológico do *estruturalismo genético* de Pierre Bourdieu (2000), que toma como ponto de partida a construção social do conhecimento das comunidades tradicionais, em especial a comunidade dos pescadores artesanais, recepcionado a um conjunto de estruturas objetivas no *campo jurídico* do direito internacional, a seguir relacionadas às coincidências práticas subjetivas dos agentes sociais, que pretenderam fazer valer seu direito, mas que, no *enjeux de force*, sucumbiram à disputa em outros *campos,* com reflexos de resultado ao *primeiro.*

O presente artigo insere-se na temática "novos movimentos sociais e direito", que tem entre os seus objetivos, o estudo de diversos parâmetros do conteúdo protetivo dos direitos humanos e a possibilidade de efetividade mediante os mecanismos sociais de resistência.Essa perspectiva vem sendo abordada nos estudos e pesquisas do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional e Meio Ambiente (NEDIMA), com destaque para a temática "espaços e territorialidades urbanas", desde 2011.

2 A COMUNIDADE DA VILA DOS PESCADORES DE JARÁGUA EM MACEIÓ: UMA "LOCALIDADE" TRADICIONAL

Segundo Almeida (2011), o crescimento de Maceió[2], em meados dos anos cinquenta do século XIX, advém de seu ajustamento à condição de fundeadouro montado em Jaraguá e ao movimento de articulação que se realiza na integração de áreas internas à cidade, num esforço de construção da província como unidade agroexportadora combinada a um centro urbano com características senhoriais. Nesse período, as fronteiras econômicas entre o rural e o urbano eram tênues, o que estaria representado, por exemplo, pelo "magistral conjunto de trapiches a evidenciarem a condição de Jaraguá" (ALMEIDA, 2011, p.24). Se bem que nessa época a cidade ainda não tivesse modificado

2 Maceió foi fundada em 1609, por Manoel Antônio Duro. Em 1673, as terras passaram a Visconde de Barbacena que construiu um forte no bairro do Jaraguá e o pequeno povoado recebeu uma pequena capela dedicada a Nossa Senhora dos Prazeres. A vila de Maceió foi desmembrada no dia 5 de dezembro de 1815 da então Vila de Santa Maria Madalena da Alagoa do Sul, atual cidade de Marechal Deodoro. Em 9 de dezembro de 1839, deu-se a elevação à condição de cidade.

seus padrões produtivos, que dependiam da lógica de composição social escravocrata, já era possível observar os primeiros financiamentos na direção do incentivo à tecnologia do vapor e da máquina *tram-way*.

Nesse contexto, Jaraguá passa a ser considerado o primeiro centro urbano de Maceió, que emergiu através de seu valor de uso (local de circulação de mercadorias, da localização de escritórios e residências nas proximidades do porto, concentração da vida urbana naquela região), tendo como frequentadores a aristocracia alagoana, trabalhadores portuários, comerciantes, pescadores (CAVALCANTE, 2016).

Desde aí, a atividade da pesca artesanal, na área litorânea, consistia em cultivar as tradições num "saber fazer" de construir canoas, engendrar redes, praticar a pescar de "fora" ou de "dentro" e mariscar, atividades realizadas com alguma ou nenhuma tecnologia, que valorizavam o conhecimento empírico (LIMA & MAGALHÃES, 2010). Desde então, a cidade passará a ser um espaço onde a vida moderna se desenvolverá contrastando com essas "localidades" em que a vida permanecerá se manifestando de modo tradicional.

Segundo Censo Demográfico e Social do Município (2011), a pesca artesanal foi historicamente uma atividade econômica vinculada ao próprio surgimento da cidade de Maceió, sendo caracterizada pela relação dos pescadores com a natureza, a tradição e o território que lhe são próprios. Em tais espaços tradicionais, comungam-se um "saber-fazer" da construção de canoas, de redes, das curas de doenças, conhecimentos que se valorizam em razão de sua manifestação no patrimônio material e imaterial. (SILVEIRA, 2012). Assim, é que a pesca apresenta-se como elemento que preside a identidade social do grupo, pois expressa não apenas as condições de existência, baseadas na sobrevivência por meio desta atividade, mas um modo de vida que engloba as demais esferas da vida social (ADOMILLI, 2002).

A comunidade pesqueira de Jaraguá, também chamada de Vila dos Pescadores de Jaraguá, é contemporânea à formação de Maceió e cresceu à medida que aumentava o fluxo migratório dos trabalhadores rurais e da pesca de outras cidades para a capital alagoana.

De acordo com o Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN, a comunidade possui características que demonstram a sua tradicionalidade, a exemplo de seu vocabulário peculiar: "mestrar" (comandante do barco), "garateia" ou "fateja" (âncora), "rancho" (fogão nos barcos), "quarenta" (comida à base de fubá que alimenta uma família pequena)[3].

Consoante os relatos registrados pela líder comunitária e marisqueira, Dona Inaura, da Associação de Moradores e Amigos do Bairro de Jaraguá (AMAJAR), o ofício da pesca é passado para as crianças desde cedo. Ainda "pequenos" dividem o tempo de estudo com a pesca. Outros aprendem o ofício e repassam o "saber fazer" para as gerações de descendentes que permaneciam na Vila. Os pais levam os filhos para pescar, as mães ensinam às meninas a tratar o peixe e todo esse aprendizado vinha sendo passado entre as gerações de forma espontânea. A renda obtida com tais atividades é capaz de melhor prover aqueles moradores, se comparada com a remuneração externa, obtida com trabalhos domésticos ou no comércio, geralmente informais (LABORATÓRIO DA CIDADE, 2006).

A atividade pesqueira em Jaraguá também tinha outras peculiaridades, que ultrapassavam a "cadeia da pesca" propriamente dita (pescador, marisqueira e pombeiro) dentre elas: os ofícios típicos da Vila, como o de carpintaria naval, cujo número de especialistas vem diminuindo ao longo do tempo. As embarcações são feitas de forma artesanal, sendo confeccionadas sobre armadores de um modo que dispensa um projetista ou engenheiro naval (CAVALCANTE, 2016).

---

3 Essa descrição é retirada de relatos dos moradores da comunidade pesqueira de Jaraguá, que compõem um material elaborado pela Associação dos Moradores e Amigos do Bairro de Jaraguá (AMAJAR) para instruir processo administrativo nº 01403.000171/2010-49 (IPHAN) em que se busca a inscrição no livro de Registro, Ofícios e Modos de Fazer dos Ofícios de Pesca Tradicional.

Assim, é na prática da pesca que se pode identificar vários papéis sociais: aqueles que praticam o ofício da pesca, que confeccionam e mantêm seus instrumentos de pescado, moradores que se ocupam com o transporte do pescado e de produtos, com a limpeza dos barcos, com o conserto de artefatos que se danificam, com a comercialização e com a limpeza do peixe. Só a "mariscagem", tarefa que consiste em fazer a limpeza do peixe ou do camarão para entregar ao pombeiro, envolvia a maior parte das pessoas dos domicílios (88,25%) (LABORATÓRIO DA CIDADE, 2006).

Das características socioculturais levantadas pela pesquisa do Laboratório da Cidade e do Contemporâneo (2006), percebe-se que a Vila dos Pescadores de Jaraguá ocupava aquele espaço urbano com base em seu valor de uso, na medida em que lhe propiciava condições de subsistência e manutenção de um estilo de vida tipicamente tradicional.

No entanto, se no começo do século XIX, essas comunidades e essas atividades pesqueiras fizeram parte do surgimento da capital alagoana, a partir do processo de urbanização da cidade, em meados do século XX, passaram a enfrentar um conjunto de tensões decorrentes principalmente da dificuldade em manter a transmissão de seus conhecimentos, em função das chamadas "novas tecnologias"[4], e em permanecer em seus territórios (e territorialidades) em decorrência da escassez de recursos naturais e da especulação imobiliária nas áreas litorâneas. Além disso, os pescadores das áreas urbanas raramente são beneficiados por políticas públicas voltadas a sua atividade ou a sua moradia, o que colabora com aquela exclusão social (PEDROSA; LIRA & MAIA, 2013).

Assim é que essas "ilhas de ruralidade", despojadas daquilo que constitui a urbanidade, passam a intensificar conflitos: de um lado, porque atrelados à satisfação das vontades primárias de subsistência, de outro, por configurarem um meio de resistência às novas demandas por consumo. (LEFEBVRE, 2001).

Inserta na lógica da "cidade-mercadoria" e da "cidade-empresa" (VAINER, 2012), Maceió passará a ser guiada pelos propósitos de mercado e pela busca de consumidores solventes. É nesse contexto que aparecerá a proposta da "revitalização" dos centros urbanos, baseada em intervenções relacionadas à recuperação de áreas e espaços culturalmente protegidos[5]. Anos mais tarde, o plano urbanístico do Poder Público incorpora um projeto mais complexo e articulado, um "Centro Pesqueiro", com conotação transformadora das funções, do uso e do próprio valor do solo daquele espaço habitado. Esse pensamento reforçou o caráter segregacionista da cidade e culminou na total subtração daquela localidade e na remoção de todos os moradores da Vila dos Pescadores, em 2016[6]. (CAVALCANTE, 2016).

3 A COMUNIDADE DOS PESCADORES DE JARAGUÁ: UM ESPAÇO FÍSICO E UM ESPAÇO SOCIAL DE EXCLUSÃO.

---

4 A separação entre cidade e campo toma lugar entre as primeiras e fundamentais divisões do trabalho, correspondendo a divisão do trabalho intelectual e material. Enquanto à cidade incumbe a atividade de gestão e organização em separado das tarefas de criação de obras e técnicas, o campo é ao mesmo tempo prática e representação, imagem do ser e do original. (LEFEBVRE, 2001, p. 36).

5 A ideia de resgate do bairro de Jaraguá enquanto Centro Histórico positivou-se a partir da década de 80, através da Resolução do Conselho Estadual de Cultura e de Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico e Natural nº 02 de 16 de abril de 1984, homologada pelo Decreto estadual nº 6.061 de 19 de novembro de 1984. Em 2005, O Plano Diretor de Maceió (Lei 5.486/2005) previu Jaraguá como área de incentivo ao turismo, com apoio ao desenvolvimento empresarial para construir um polo de cultura e de entretenimento e a instalação de um terminal turístico. Também o Plano Diretor menciona a existência de uma Zona Especial de Preservação Cultural (ZEP). O Código de Urbanismo e Edificações de Maceió (Lei 5.593/2007), por sua vez, previa o embelezamento da orla marítima de Jaraguá e a construção de equipamentos de incentivo ao turismo e ao lazer como a marina, mas incluindo a revitalização da Vila.

6 ACP nº 0004070-23.2012.4.05.8000.

A noção de "espaço urbano" é resultado de uma *disputa* ideológica no "campo"[7] social da cidade, sobre a determinação *por quem* o território *deve ser* interpretado e *aquem* deve ser reconhecidamente apropriado.

Para Pierre Bourdieu (1997), o "espaço social" e o "espaço físico" são categorias distintas, mas que se imprimem mutuamente. Enquanto a noção de "espaço social" ocorre a partir da distribuição dos/entre os agentes sociais e suas propriedades no lugar social, o "espaço físico" é definido pela exterioridade mútua dessas partes. Assim, é possível afirmar que a estrutura do "espaço social" se manifesta em contextos diversos, inclusive sob a forma de oposições espaciais do espaço habitado ou físico, funcionando como uma simbolização espontânea do espaço social. Isso quer dizer que numa sociedade hierarquizada, não há espaço físico que não seja hierarquizado e que não exprima as distinções e as distâncias sociais, sob a forma naturalizada (BOURDIEU, 1997).

> Efetivamente, o espaço social se retraduz no espaço físico, mas sempre de maneira mais ou menos confusa: o poder sobre o espaço que a posse do capital proporciona, sob suas diferentes espécies, se manifesta no espaço físico apropriado sob a forma de uma certa relação entre a estrutura espacial da distribuição dos agentes e a estrutura espacial de distribuição de bens ou dos serviços, privados ou públicos (BOURDIEU, 1997, p. 160)

Como caracterizado, as populações tradicionais dependem, até de forma simbiótica da natureza, dos ciclos naturais e dos recursos naturais renováveis e de seus manejos. E a noção de território, ou "espaço físico", onde o grupo social se reproduz socialmente, encontra-se inscrita na sua forma de morar e de ocupar esse território, inclusive na forma comunal como exercem as suas atividades econômicas, políticas e culturais (DIEGUES, 2001).

Assim, se bem que o "espaço" das comunidades de pescadores seja um lugar onde as possibilidades e as práticas sociais se desenvolvam e se reproduzam materialmente, através das práticas políticas, das referências distintivas e da representação social que eles (e os outros) fazem de si mesmos (fazem deles), será no "território" que se realizará a apropriação da pesca, propriamente dita, e onde se dará na prática o domínio e o controle dos usos das frações de "espaço" (RAFFESTIN, 1993). Dessa forma, pode-se dizer que esses "territórios" são espaços físicos de sobrevivência social[8].

No caso da Vila dos Pescadores de Jaraguá verifica-se a configuração tanto do espaço social, quanto de sua exteriorização física e territorial. Enquanto o "campo" ou espaço social aparece relacionado tanto às práticas sociais internas à Vila, desde as distinções entre atividades e gênero[9], até aquelas relativas às associações externas feitas à comunidade, reconhecida como "favela" pela a maior parte dos moradores do restante da cidade[10], tem-se, ao mesmo tempo, a construção de um processo de

---

7 O campo social definido por Bourdieu (2001, p. 120) não é uma estrutura determinada, mesmo que seu funcionamento corresponda às "leis gerais dos campos". A estrutura do campo é o produto da história desse campo, quer dizer, a história das posições constitutivas desse campo e aquelas que ele favorece.

8 Segundo Cardoso (2003,p.3-4): "os territórios pesqueiros são construídos pelos pescadores a partir do trabalho e da apropriação da natureza, territórios que podem ser delimitados, mesmo na fluidez do meio aquático e sobre os quais pescadores exercem algum domínio". Ambos os elementos fazem referência à ação e à memória das comunidades tradicionais, porque se tornam essenciais para a reprodução daquele modo de vida.

9 Existem os pescadores, as marisqueiras, os pombeiros, e os diferentes ganhos entre essas funções. Esses ganhos podem ser sociais (posições sociais) econômicos (renda obtida) e sempre simbólicos, relativos aos papeis de representação e legitimidade para decidir "as coisas" da Vila.

10 Após a retirada de invasores dos apartamentos da Vila dos Pescadores, em Maceió, novos moradores devem se mudar para o local, construído para abrigar pessoas que viviam na Favela do Jaraguá. (TNH1, 13 set. 2013) [...]De um total de 450 famílias que viviam na favela, 39 não quiseram ser transferidas para os apartamentos do Residencial Vila dos Pescadores em maio do ano passado. Agora, dezesseis continuam lutando para permanecer na Favela do Jaraguá. A expectativa do município, entretanto, é que a polêmica seja solucionada em breve, já que há um processo tramitando na Justiça. [...] (CAMPION, 2013, grifos nossos).

distinção representado pela segregação espacial, que inclui a situação de abandono e desestruturação do local, sem oferta e distribuição de bens e serviços públicos.

Desse modo, a "produção do espaço" urbano no local da Vila, que esteve invariavelmente associadaàquelas propriedades sociais e econômicas de seus moradores, reproduziu-se nos "barracos" e nas subhabitações (Fig. 1), como forma de morar, e na insalubridade dos locais de viver, de circular e de praticar a sua atividade pesqueira (Fig. 2).

Fig.1 "Barracos" da Vila

Fig. 2 Enseada de Jaraguá e barcos de pesca

Fonte: http://noticias.uol.com.br

Nesse caso, verifica-se que o "espaço habitado" ou apropriado pelos pescadores acabou por simbolizar o "seu" espaço social, ou a sua posição relativa pela relação às outras pessoas e comunidades da cidade. Esse "espaço" está relacionado ao "espaço físico" da Vila, que expressa, ao mesmo tempo, a posição territorial em oposição a outros lugares e a distância que o separa deles[11].

Nesse sentido, os "lugares" do espaço social e a produção de seus efeitos são resultados da *luta* pela apropriação de capitais na história do "campo". Em outras palavras, as conquistas de espaço físico e social não apenas conformam uma hierarquia social, como revertem em ganhos de capital *extras* a seus agentes, como a *renda* em função da localização dos lugares mais "nobres" ou "pobres" para residir, e os *ganhos ou perdas* de posição e de classe em razão do acesso aos locais de prestígio e "bem ou mal localizados". (Bourdieu, 1997),

Dentre as particularidades de sua localização, observa-se que a Vila dos Pescadores localizava-se no Bairro de Jaraguá, na orla da cidade de Maceió, na área circundante ao Porto Turístico e há menos de 1km do Centro da Cidade (Fig.3). Essa é uma área estratégica, bastante valorizada sob o ponto de vista da "cidade mercado", que prestigia a mobilidade urbana e as infraestruturas de acesso turístico, no caso, o Litoral Sul e as "praias do Francês e Gunga". O Bairro também recebe boa valorização imobiliária, similar aos bairros de classe média e alta (Pajuçara, Ponta Verde e Jatiúca) (Fig.4), o que a isso se somam as suas características históricas.

11O processo de urbanização alagoano foi intensificado, nas últimas décadas, em parte, devido a migrações internas (interior/capital) motivadas pelo processo de mecanização das usinas de cana-de-açúcar, que reduziu as oportunidades de emprego (LINS, 2010).

Fig. 3 Orla do Bairro de Jaraguá e Centro

Fig. 4 Zonas de Interesse Social de Maceió

Fonte: *Google maps;* Plano Diretor de Maceió (Mapa 5), com adaptações.

Esse processo de lutas pelo espaço territorial na cidade, em que os "enclaves periféricos" ou "ilhas de ruralidade" passam a ser o objeto de conquista pelo mercado imobiliário, vem sendo identificado em outros estudos na mesma cidade.

Nesse contexto, as relações sociais e espaciais do Bairro da Cruz das Almas (Souza, 2015), muito se assemelham as vivenciadas pelo Bairro do Jaraguá, em Maceió.

Localizada numa área, entre um *novo shopping* e alguns futuros empreendimentos imobiliários, para as classes média e alta, acessível aos bairros litorâneos (Mangabeiras e Jatiúca) e à AL 101-Norte (direção- munícipio de Maragogi), uma Vila de catadores de lixo, denominada Vila Emater 2, ainda resiste. Em condições análogas a dos pescadores, esses catadores de lixo ocupam uma faixa de território, formada por barracos de papelão e restos de materiais recicláveis, sem qualquer sistema de esgotamento sanitário, acesso à água potável ou energia elétrica, e mesmo passados cinco anos do fechamento do "antigo Lixão", ainda convivem com a presença do chorume, cujo tratamento e controle ainda não tiveram efetividade.

Assim como em Jaraguá, o Bairro da Cruz das Almas passou a sofrer o resultado de *disputas* tornadas desiguais entre os agentes e as instituições, que em condições homólogas às respectivas distinções sociais, objetivam a conquista e o domínio do espaço urbano e imobiliário restante.

4 O USO SOCIAL DO DIREITO

Apesar de consagrada como direito internacional dos direitos humanos, o "direito à moradia adequada" vem sofrendo reveses diante dos atuais modelos de urbanização e desenvolvimento urbanos. Trata-se de situações, em que grupos e populações vêm sendo removidos de seus lugares originais de moradia para outras localidades e regiões, sem que lhes sejam asseguradas a continuidade de suas condições de vida (acesso a serviços públicos, condições de manutenção do emprego) e garantias processuais (indenização, participação e decisão sobre o procedimento da remoção) (CAVALCANTE, 2016).

Invariavelmente, são as comunidades em condição de maior vulnerabilidade social e econômica, aquelas que mais sofrem com os deslocamentos forçados, legitimados pela estigmatização e pelo preconceito, a partir das classificações de hierarquia social, refletidas nos assentamentos precários.

Esses assentamentos, também denominados de "favelas", per si já transmitem uma conotação negativa aos moradores e ao lugar em que habitam. Esse "lugar", já alheio à cidade, justifica ao mesmo tempo: o deslocamento de seus ocupantes, porque desprovidos de capitais de toda a ordem, e o

realocamento de novos moradores, estes providos das propriedades sociais prezadas pela "cidade do consumo". Do ponto de vista do melhoramento e valorização do espaço físico, tem-se que determinados setores da cidade também serão selecionados para receber melhorias urbanas, enquanto outros serão esquecidos, em uma distinção análoga a social.

Não à toa, tanto a Missão Conjunta da Relatoria Especial da ONU para Moradia Adequada, quanto a Relatoria Temática Nacional, constataram que a implementação de projetos turísticos urbanos constitui atualmente uma das principais causas de promoção dos despejos forçados no Brasil, juntamente com pelo menos outros quatro tipos de conflito, a saber: condições de inabitabilidade e insegurança jurídica da posse em periferias; comunidades econômica e socialmente vulneráveis e a moradia em área de risco; deslocamentos forçados de comunidades tradicionais e quilombolas; planos e projetos urbanos sem participação e aprovação popular.

Segundo a Relatoria Especial da ONU para a Moradia Adequada, a prática dos despejos forçados é uma grave violação de direitos humanos, porque associada a um "processo de gentrificação[12]". Nessa esteira, conclui-se que a problemática do "direito à moradia adequada" nas cidades pode ser resumida à necessidade de promover mecanismos legislativos includentes e políticas urbanas combativas à segregação sócio-territorial e à especulação imobiliária.

Nesse contexto, o direito internacional dos direitos humanos afirma-se como um direito de proteção dos seres humanos, formado pelo conjunto de normas e uma série de mecanismos de supervisão e controle que lhe são próprios. No tocante ao direito dos povos e das comunidades tradicionais trata-se essencialmente de um direito de proteção ao uso comum de recursos naturais e reconhecimento dos direitos territoriais, considerados imprescindíveis à reprodução física e social de uma identidade coletiva.

Entre as principais fontes de direito internacional para este fim, está o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)/1966, que em seu art. 11 destaca: "Os Estados - parte reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para a sua família, inclusive (...) moradia adequada" (NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Esta noção mereceu uma interpretação extensiva através do Comentário n. 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/1991: "Segundo o ponto de vista do Comitê, o direito à habitação não deve ser interpretado em um sentido restrito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos"(...) "deve ser lido referindo-se não apenas como habitação, mas como habitação adequada (...) habitação adequada significa privacidade adequada, espaço adequado, segurança, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica daquela e localização adequada em relação ao trabalho e facilidades básicas, tudo com um custo razoável" (UNITED NATIONS, 1991)

> COMENTÁRIO Nº 4 DO COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA ONU, DE 1991 ART.7º
> Em primeiro lugar, o direito à moradia está vinculado inteiramente a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais que servem de premissa ao Pacto. (...) Em segundo lugar, a referência que figura no parágrafo 1º do artigo 11, não deve ser entendido como um sentido simples de moradia, mas de moradia adequada. Conforme reconheceu a Comissão de Assentamentos Humanos e a Estratégia Mundial de Moradia para o ano 2000 em seu parágrafo 5: "o conceito de 'moradia adequada'... significa dispor de um lugar onde se pode se abrigar, se assim se deseja, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação adequadas, uma infraestrutura básica adequada e uma situação adequada em relação com o trabalho e serviços básicos, tudo isso com um custo adequado". (tradução livre).

12"Gentrificação" é um termo utilizado para caracterizar o processo de valorização imobiliária de uma zona urbana que, na maioria dos casos, vem acompanhada do deslocamento dos habitantes de classes sociais mais baixas para outro local e, ao mesmo tempo, atrai para aquele local pessoas com maior poder econômico.

Dessa forma, a “adequação” é determinada por um conjunto de fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos, no que se destacam: a segurança legal da posse e a disponibilidade de serviços materiais, facilidades e infraestrutura, habitabilidade, acessibilidade e localização, além da “adequação cultural”, conforme a expressão de identidade e diversidade cultural, entre outros.

Para o Comitê, a segurança jurídica da posse visa proteger indivíduos e grupos contra despejos forçados, pressões e outras ameaças, já a habitabilidade objetiva promover um espaço adequado para seus habitantes, sob o ponto de vista ambiental e sanitário. No mesmo sentido, a “adequação cultural da moradia” deve respeitar as características das expressões culturais dos povos e populações tradicionais, como os pescadores artesanais. E a referência à infraestrutura relaciona-se à disponibilidade de serviços de saúde, educação, entre outros, além da localização capaz de permitir o acesso a opções do trabalho (CAVALCANTE, 2016).

Se bem que o estabelecimento desse núcleo mínimo devesse servir para orientar a conduta e a satisfação das políticas de Estado, o que se comprova no caso da Vila dos Pescadores, a partir da decisão exarada pelo Judiciário Federal, foi que aquele Judiciário agiu justamente em contradição àqueles reclames internacionais de orientação do Comitê:

> [...] Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos lançados pelo Município de Maceió (e pela União Federal) para:
> 1) determinar a desocupação, no prazo de até 90 (noventa) dias, de todos os ocupantes da área reivindicada (coletividade invasora e os remanescentes/dissidentes da comunidade tradicional de pescadores que ainda ocupam a área objeto do presente conflito, quer sejam cadastrados ou não na lista oficial da municipalidade);
> 2) determinar a transferência das famílias - devidamente cadastradas pelo Município de Maceió-AL - remanescentes da comunidade de pescadores do Bairro de Jaraguá, ora reconhecida como tradicional, para os imóveis da Vila dos Pescadores, localizados na Av. Sobral, à beira-mar, no bairro do Sobral, em Maceió/AL, (...);
> 3) ratificar a transferência já realizada das famílias cadastradas para os imóveis disponibilizados pelo Município de Maceió-AL para o conjunto de habitacional "Vila dos Pescadores", proibindo-as de retornarem à área da "Favela do Jaraguá", nos termos do artigo 461 e 462 do CPC; [...]

Segundo Bourdieu (2000) isso acontece porque o direito é também um espaço social, próprio e relativamente autônomo, que jamais escapa às intervenções do macrocosmo que o envolve: o Estado. Sujeito a pressões internas[13] e externas[14], o“campo”jurídico manipula e traduz a seu modo (as decisões) tais necessidades.

Outro seja, o direito deve ser visto como um “reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas, e, em particular, os interesses dominantes, ou então, como um instrumento de dominação”(BOURDIEU, 2000, p.210).

Em outras palavras, construir a realidade jurídica consiste em fazê-la, transformá-la e defini-la a partir de determinados interesses sociais que terminam articulando-se em visões de mundo operativas (GARCÍA, 1999). Neste aspecto, deve-se ressaltar a contribuição específica da “autoridade” e da “forma jurídica” para dar cumprimento a essas funções.

13No interior do campo jurídico, é a autoridade jurídica investida do poder de violência física e simbólica, legitimada pelo monopólio estatal, que produz e exerce, respectivamente, teoria e prática jurídicas. Essa posição privilegiada da autoridade jurídica em relação ao leigo, não afasta a possibilidade de conflitos internos de competência entre as próprias autoridades jurídicas e jurisdicionais (BOURDIEU, 2000, p.211).

14Segundo Bourdieu (2002, p. 67), a sociedade é diferenciada e consiste em um conjunto de espaços relativamente autônomos, como o campo cultural, o campo político, o campo econômico, que se influenciam uns em relação aos outros.

Dessa forma, é necessário expor, através das próprias contradições jurídicas, as fragilidades de um pensamento fundado num "senso comum" de conceitos e categorias sociais[15], que pratica e incorpora noções e expressões políticas e econômicas que lhe integram.

Desse modo, e não de outra forma, a visão de que "Vila de Pescadores" tornou-se um "problema" para a cidade de Maceió, corresponde perfeitamente às medidas de planejamento urbano em andamento, e recebe da decisão judicial a "nomeação" ideal para alcançar a finalidade de remoção da população dessa área ocupada, considerada ilegal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho buscou demonstrar existir um "campo de forças" e um campo de lutas que disputam o poder de representar a noção "Vila dos Pescadores do Jaraguá", seja no espaço social, seja no espaço físico. Nesse sentido, se de um lado, foi evidenciado que aquela comunidade de pescadores produzia práticas de tradicionalidade e de territorialidade, de outro, constatou-se igualmente um conjunto de comportamentos do poder público na direção da exclusão social e da segregação espacial daquela parcela da população.

Com efeito, essa disputa social/espacial, também abrange uma disputa simbólica, porque também ajuda a definir divisões e distinções de mundo social na realidade: o "nós" e os "outros", num movimento de autoafirmação identitária em relação aos direitos sociais e econômicos, principalmente.

Neste contexto, o campo jurídico contribui para a produção da ilegalidade urbana e desigualdade nas condições de vida na cidade. Na disputa em torno das noções que delimitam a ilegalidade, os instrumentos jurídicos são importantes fontes legitimadoras de princípios sociais excludentes/integradores, concentradores/distributivos. Assim, considera-se que o direito é um instrumento que tende a confirmar a "territorialização" previamente existente, seja para conservar a inclusão ou a exclusão social e espacial.

Exemplo disso é que mesmo havendo uma robusta normativa internacional na promoção e na difusão dos direitos humanos, especificamente sobre os direitos sociais, econômicos e culturais e o "direito à moradia adequada", conclui-se que esse padrão universal mínimo é capaz de sucumbir num jogo de forças (*enjeux de force*) local.

No mesmo sentido, foi possível observar o que pode ser chamado de "cidadania de geometria variável" referente aos objetivos de provimento, em maior ou menor parte, da garantia e do acesso das populações vulneráveis à infraestrutura urbana, aos bens e serviços públicos.

De toda a forma, o campo jurídico tende a conservar as relações pré-existentes, mantendo as interpretações e compreensões historicamente reconhecidas pela sociedade, em termos de distinções e classificações, isto explica porque, mesmo após uma certa inflexão política, que tolerou a permanência da comunidade naquele lugar por algumas décadas, ao fim, "prosperou" a ordem social e "de sentidos de mundo" dos intérpretes jurídicos, para os quais, a comunidade era ainda uma "favela".

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Sávio (org). Traços e troças: literatura e mudança social em Alagoas. Maceió: Edufal, 2011.

15Historicamente, a favela é uma representação social construída por intérpretes autorizados, como antítese de um certo ideal de cidade (excludente), que deixa fora um amplo segmento da população urbana. Esses intérpretes no mais das vezes produzem ou contribuem para a construção de um imaginário social que associa a favela à pobreza urbana e à marginalidade, comportamento político dos pobres, e mais recentemente sobre a violência (GONDIM, 2010).

ADOMILLI, Gilberto. Trabalho, meio ambiente e conflito: um estudo antropológico sobre a construção da identidade social dos pescadores do Parque Nacional da Lagoa do Peixe. Dissertação de Mestrado PPGAS-UFRGS, Porto Alegre, 2002.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. Brasília: SDH, 2013.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro, Bertrand, 2000.

_____ MeditaçõesPascalianas. Rio de Janeiro, Bertrand, 2001.

_____(org) A miséria do mundo. 9 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

CARVALHO, Renato. Territorialidade da comunidade de pescadores artesanais: Praia do Perequê, Guarujá SP. Dissertação de Mestrado Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2010.

CAVALCANTE, Fátima Maria Lyra. O direito à moradia adequada e à segurança jurídica da posse – um estudo das normas internacionais e brasileiras aplicadas ao caso da Vila dos Pescadores de Jaraguá, em Maceió. 2016. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, 2016.

DIEGUES, Antonio. Saberes Tradicionais e biodiversidade no Brasil. MMA. São Paulo: Ed USP, 2001.

GARCÍA, Jesús I.M. *La imaginación jurídica* Madrid: Dykinson, 1999.

GONDIM, Linda. Habitação Popular, Favela e Meio Ambiente.*In*: I ENANPARQ. Rio de Janeiro, 2010, p. 01-22.

LABORATÓRIO DA CIDADE E DO CONTEMPORÂNEO. Censo Demográfico e Social da Vila de Pescadores de Jaraguá, Maceio-AL. Instituto de Ciências Sociais. Pro-Reitoria de Extensão. Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2006.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. São Paulo: ed. Centauro, 2001.

LIMA, Francisco & MAGALHÃES, Suzana. Modernidade e declínio da experiência em Walter Benjamin. *ActaScientiarum Human and Social Sciences*, v.32. n.2. 2010.

MARCHIONI, Alessandra. O princípio da autodeterminação dos povos no direito internacional *In*: LINS JUNIOR, G. et alii. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 19-38.

_____. O espaço urbano em Maceió e o ponto de vista das ciências sociais. *In*: A cidade em perspectivas: reflexões a partir de Maceió. Maceió: Edufal, 2015, p. 179-194.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em10 mar. 2013.

_____. Comissão dos Direitos Humanos. Direitos econômicos, sociais e culturais: Relatóriodo Relator Especial sobre à moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida MiloonKothari; adendo missão ao Brasil. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_relator_onu_miloon_khotari_moradia1.pdf> Acesso em: 15 out de 2013.

_____ Relatoria Especial da ONU para o Direito à Moradia Adequada. O que é direito à moradia? Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>.Acesso em: 10 mar. 2013.

PEDROSA, Beatriz; LIRA, Luiz & MAIA, André. Pescadores urbanos da zona costeira do Estado de Pernambuco, Brasil. *In*: Boletim Institucional da Pesca. São Paulo vol.39 (2), 2013 p. 93-106.

RAFFESTIN, Claude. Por uma geografia do poder. São Paulo: Ed Ática, 1993.

ROLNIK, R. Respostas ao questionário sobre "segurança da posse": apresentado pela Relatora Especial sobre Moradia Adequada, Raquel Rolnik. Genebra: *Permanent Mission of Brazil to the United Nations Office and other International Organizations in Geneva*, [s.d.].

SOUZA, João. A produção capitalista do espaço urbano: caso de Cruz das Almas. *In*: A cidade em perspectivas: reflexões a partir de Maceió. Maceió: Edufal, 2015, p.139-156.

SILVEIRA, Dauto. Breves considerações sobre processo de transformação da existência dos pescadores artesanais na modernidade. *In*: RevistaEspaçoAcadêmico. n.139 dez/2012, p. 61-70.

UNITED NATIONS. *Committe on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment* Nº 04: *The Right To Adequate Housing* (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e> Acesso em 10.mar. 2013.

VAINER, Carlos. Pátria, empresa e mercadoria. *In:* A cidade do pensamento único. 7 ed. Petrópolis/RJ, Vozes, 2012.

PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS MOVIMENTOS SOCIAIS: SUA EVOLUÇÃO HISTÓRIA E PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS

Moisés Noé de Fraga[1]

RESUMO: A relação dos movimentos sociais e a participação popular vem sendo, ao longo dos anos, difundida, objetivando ter uma base de direitos amplos, assim como especificar as individualidades de cada núcleo social ou parcela da sociedade organizada. Delinear as dificuldades e resultados dos movimentos sociais é pertinente, no intuito de clarear a atuação destes grupos, designado por situações necessárias e pertinentes ao resultado. Por sua vez, a participação popular se estrutura ao longo dos anos, tendo marco preponderante ensejador de direito fundamental, por meio da Constituição de 1988. Assim, a partir do crescimento evolutivo histórico dos movimentos sociais e da participação popular, o objetivo principal do presente é demonstrar esta evolução, individualizando grupos, setores e demais organismos setoriais organizados.

PALAVRAS-CHAVE: Participação popular. Movimentos Sociais. Direitos individuais e coletivos.

1 INTRODUÇÃO

Os movimentos sociais tiveram um crescimento muito forte com o passar dos anos, tendo participação fundamental na discussão de temas que envolvem a sociedade como um todo.

Com o passar dos anos, houve um crescimento dos movimentos sociais, assim como sua importância para coletividade, onde se pleiteiam situações benéficas e ditadas como regras intrínsecas do nosso cotidiano, os quais são esquecidas ou evitadas em detrimento de outros interesses. Através da organização dos movimentos, houve um crescente reflexo positivo pela busca de direitos individuais e coletivos, provando a sua importância para a sociedade.

De igual sorte, a participação popular compreende mecanismo fundamental para a participação de todos na busca por lutas constantes, que emergem das dificuldades do cotidiano nos centros urbanos ou não, mas necessária para inserir a posição da população.

O trabalho está organizado em dois títulos: os movimentos sociais e sua organização, a participação popular e seus eventos históricos e contemporâneos.

2 PARTICIPAÇÃO POPULAR

Parte-se da análise de cinco tópicos fundamentais no redesenho dos movimentos sociais no contexto sociopolítico, econômico e cultural dos países da América Latina.

O contexto atual dos principais movimentos sociais da América Latina é um dos panos de fundo do cenário para discutir suas formas, demandas, identidade que constroem redes que as estruturam, manifestações culturais e políticas sociais a que se articulam. Nesta ótica pode-se observar o caráter educativo dos movimentos, seu papel na cena pública relativo ao tema da inclusão social, a cultura política e suas manifestações na área da Educação – formal e não formal (GOHN, 2010).

Os pontos relevantes que diferenciam os movimentos na atualidade, em relação a outros momentos do passado, são:

A necessidade de qualificação do tipo de ação coletiva que tem sido caracterizado como movimento social. Definições já clássicas sobre os movimentos sociais citam suas características

1 Mestrando em Direito; *moisesfraga@hotmail.com*.

básicas como: possuem uma identidade, têm um opositor e articulam ou se fundamentam num projeto de vida e de sociedade (GOHN, 2010).

Na atualidade, muitos deles apresentam um ideário civilizatório que coloca como horizonte a construção de uma sociedade democrática com ações pela sustentabilidade e não apenas autodesenvolvimento. Lutam por novas culturas políticas de inclusão, contra a exclusão. Questões como a diferença e a multiculturalidade têm sido incorporadas para a construção da própria identidade dos movimentos, além do reconhecimento da diversidade cultural (GOHN, 2010).

Nestes, existe uma ressignificação dos ideais clássicos de igualdade, fraternidade e liberdade. A igualdade é ressignificada com a tematização da justiça social; a fraternidade se retraduz em solidariedade; e a liberdade associa-se ao princípio da autonomia – da constituição do sujeito, não individual, mas coletivo; autonomia entendida como inserção e inclusão social na sociedade, com autodeterminação, com soberania (GOHN, 2010).

Neste aspecto, os movimentos sociais tematizam e redefinem a esfera pública, realizam parcerias com outras entidades da sociedade civil e política, têm grande poder de controle social e constroem modelos de inovações sociais, podendo portanto virem a ser matriz geradora de saberes (GOHN, 2010).

Na atualidade, os movimentos sociais são distintos tanto daqueles que elevaram à sua emergência na cena pública no século XIX e nas primeiras décadas do século XX (movimento operário e movimentos revolucionários desde a Revolução Francesa) como dos movimentos que emergiram nos Estados Unidos nos anos 1960 (direitos civis, feminismo, contra a Guerra do Vietnã, estudantil etc.) (GOHN, 2010).

Na América Latina, especialmente no Brasil, os atuais movimentos sociais são distintos dos movimentos que ocorreram na fase do regime político populista. São diferentes também dos movimentos ocorridos do final da década de 1970 e parte dos anos de 1980 (movimentos populares reivindicatórios de melhorias urbanas articulados com pastorais, grupos políticos de oposição ao regime militar etc.), embora muitos dos atuais movimentos sejam herdeiros daqueles dos anos 1980 (GOHN, 2010).

No início buscavam "direitos a ter direitos", mas como só podemos falar em direitos sem contemplamos o universal, aqueles movimentos não estavam autocentrados, não objetivavam apenas a si próprios. Embora não tivessem ainda a circulação e espaço nacionais e transnacionais que se têm hoje, eles não eram voltados apenas para si próprios, olhavam para o outro, até para poderem construir a própria identidade, no efeito do espelho (GOHN, 2010).

O novo milênio apresenta uma conjuntura social e política extremamente contraditória na América Latina. Ao mesmo tempo em que vários movimentos sociais tiveram, em diversos países, mais condições de organização tanto interna como externa, dado o ambiente político reinante, em outros, eles perderam muito sua força política por diferentes razões.

Esses movimentos sociais são extremamente diferenciados segundo o tipo e grau de organização, demandas, articulações, projeto político, trajetória histórica, experiências vivenciadas principalmente no plano político-organizativo, e abrangência territorial.

O movimento negro, ou afrodescendentes como preferem alguns, avançou em suas pautas de luta, a exemplo do Brasil com apolítica de cotas nas universidades, programas Prouni etc., com bastante suporte das políticas públicas. Ancorados também em processos de luta por direitos e construção de identidades destacam-se os movimentos das mulheres e dos gays, em diferentes formatos e combinações (GOHN, 2010).

Nesta breve lista de movimentos sociais na América Latina na atualidade, registre-se ainda a retomada do movimento dos estudantes, especialmente no Chile com a Revolta dos Pinguins, e as ocupações em universidades no Brasil, especialmente as públicas, em luta pela melhoria da qualidade de corrupção e desvio de verbas públicas. A área da educação, especialmente a educação na escola

básica, tem sido a fonte de protestos de grandes dimensões, a exemplo do México, em 2006. Devemos destacar também que a área da educação, devido ao potencial dos processos educativos e pedagógicos para o desenvolvimento de formas de sociabilidade e constituição e ampliação de uma cultura política, passou a ser uma área estratégica também para os movimentos populares, a exemplo do MST (GOHN, 2010).

Resulta, desta forma, que as muitas ações coletivas que são movimentos sociais de fato tiveram que alterar suas práticas e reivindicações para não ficar à margem da história, atuando segundo certas condicionalidades pautadas pela nova institucionalidade criada pelas políticas públicas – em casos raros, partiram para ações de resistência via desobediência civil.

Neste novo cenário, as relações desenvolvidas entre os diferentes sujeitos sociopolíticos presentes na cena pública alteraram-se neste milênio. Além da ampliação dos sujeitos protagonistas de ações coletivas, ocorreram alterações no formato das mobilizações na forma de atuação (redes). Isso resulta também do alargamento das fronteiras dos conflitos e tensões sociais em virtude da nova geopolítica que a globalização econômica e cultural tem gerado. Pode-se citar nestas mudanças: a difusão do uso das novas tecnologias e a expansão dos meios de comunicação, os conflitos étnicos provocados pelos processos imigratórios e pelos deslocamentos migratórios no interior das nações, as citadas novas políticas sociais de caráter compensatório dos governos, as demandas multi e interculturais, refletindo na conjuntura sociopolítica em que atuam os movimentos, no associativismo existente etc (GOHN, 2010).

Cumpre registrar também que as problemáticas que dão suporte às demandas dos movimentos não se circunscrevem apenas ao tema trabalho, condições de moradia e habitabilidade na cidade e no campo; ou justiça, reconhecimento e reparação de identidades socioculturais.

Questões básicas que dão suporte à expansão do capitalismo, em termos de infraestrutura, tais como água, energia, certos minerais etc. passam a ser fonte de conflitos entre a população, principalmente ribeirinhos ou indígenas (que lutam pelos seus territórios por serem locais de vida e trabalho/sustento, e agentes econômicos interessados naqueles territórios e seus bens, como fontes de energia, ou para expandir matrizes energéticas sobre seu domínio, como os gasodutos, a exemplo dos conflitos pela água em Cochabamba, na Bolívia, em 2000 (GOHN, 2010).

As ações coletivas geradas por movimentos sociais do tipo MST, Via Campesina ou movimentos indígenas têm outro sentido e fundamentos neste novo milênio, além das já clássicas questões pelas quais estes movimentos foram criados.

Grandes lacunas permanecem na produção acadêmica a respeito dos movimentos sociais, embora elas tenham estado presentes na literatura há algum tempo e alimentado o debate a respeito. Essas lacunas são:

a) o próprio conceito de movimento social;

b) o que os qualifica como novos;

c) o que ocorre de fato quando uma ação coletiva expressa num movimento social se institucionaliza;

d) qual o papel dos movimentos sociais neste novo século;

e) como podemos diferenciar um movimento social criado a partir da sociedade civil, por lideranças e demandatários, de ações civis organizadas ao redor de projetos de mobilização social e que também se autodenominam movimentos;

f) quais as teorias que realmente têm sido construídas para explica-los.

A não explicitação das diferenças históricas e teóricas tem dado margem para equívocos em algumas pesquisas sobre as ações coletivas na realidade brasileira atual. Ao invés de explicitarem as teorias que estão tela, e as que se buscam contestar, preferem negar a existência dos sujeitos concretos da realidade, fazendo-se escolhas, nomeando a ala que não é selecionada como algo do passado (movimentos e associativismo, no caso). No Brasil, nem os movimentos sociais ou associativismo

morreram (mudaram sim, segundo a nova conjuntura econômica e política); e nem os novos "ativistas/mobilizadores" dominam completamente a cena da sociedade civil organizada (embora seja hegemônicos na atualidade) (GOHN, 2010).

A categoria mobilização social, em décadas anteriores, sempre esteve subordinada a outras categorias maiores na análise do social, tais como processo, mudança etc. Neste novo século ela ganha vida, significado e dinâmica própria.

Em textos das duas últimas décadas do século passado, era comum encontrarmos identidade definida de acordo com o posicionamento dos membros de um grupo social, em relação ao antagonismo entre capital e trabalho; ou de acordo com a renda e status adquiridos, geradores de representações coletivas aceitas socialmente.

Atualmente a identidade tem sido tratada, por analistas e pelos formuladores de políticas públicas, como uma ferramenta em construção. Não se trata da identidade construída na trajetória de um movimento, mas de uma identidade modelada, outorgada, na qual determinados sujeitos sociopolíticos e culturais são mobilizados para serem incluídos. Foge-se do modelo da identidade construída a partir de uma teoria do espelho.

Os indivíduos apropriam-se de sua imagem no outro - que lhe serve como espelho. Uma vez refletida, a identidade vai sendo construída. Acreditamos que um movimento social com certa permanência é aquele que cria sua própria identidade a partir de suas necessidades e seus desejos, tomando referentes com os quais se identifica, outros igualmente carentes, excluídos ou sem direitos, reconhecimentos ou pertencimentos.

Um movimento social não assume ou "veste" uma identidade pré-construída apenas porque tem uma étnica, um gênero ou uma idade. Este ato configura uma política de identidade e não uma identidade política.

O reconhecimento da identidade política se faz no processo de luta, perante a sociedade civil e política; não se trata de um reconhecimento outorgado, doado, uma inclusão de cima para baixo.

O reconhecimento jurídico, construção formal de um direito, para que tenha legitimidade, deve ser uma resposta ao Estado à demanda organizada. Deve-se tratar a questão da identidade em termos de um campo relacional, de disputas e tensões, um processo de reconhecimento da institucionalidade da ação, e não como um processo de institucionalização da ação coletiva, de forma normativa, com regras e enquadramentos, como temos observado nas políticas públicas no Brasil na atualidade.

Os atores sociais que protagonizam as ações coletivas na sociedade social são as redes associativas e de mobilização estruturadas em movimentos sociais, Organizações Não Governamentais – ONGs, as associações de bairro e as associações comunitárias, as entidades assistenciais, as organizações criadas por empresas a partir de políticas de responsabilidade social ou responsabilidade civil, as organizações populares que atuam junto de mediadores como as entidades articuladoras e fóruns, e os diversos conselhos de gestão pública compartilhada existente (GOHN, 2010).

Destacam-se as principais associações e organizações da sociedade civil voltadas para ações coletivas que atuam em função de problemas sociais, econômicos, culturais e ambientais públicos em direção à superação das desigualdades sociais e regional, a saber:

a) Os movimentos sociais – considerados como categorias empíricas (podendo ser localizados territorialmente), ou como categoria conceitual;

b) As ONGs, entidades assistenciais e entidades do mundo empresarial articuladas pelo chamado Terceiro Setor;

c) Os fóruns, plenárias e articulações nacionais e transnacionais;

d) Conselhos gestores de projetos, programas ou políticas sociais. São ativos sociais pelo papel que desempenham no jogo político democrático.

Algumas abordagens modernas, que destacam as categorias do capital social de uma comunidade, a partir de ações cívicas, contrapondo-as aos movimentos, esquecem-se que os movimentos de solidariedade social e coesão, impulsionam as pessoas sem auferirem nenhuma renda.

Eles mobilizam ideias e valores e gerando saberes e aprendizado coletivo; enquanto isso, a maioria das chamadas ações cívicas são organizadas de cima para baixo, permanecem autocentradas e autoreferenciadas, limitando-se ao desempenho de uma estratégia de sobrevivência ou uma ação cultural, sem desenvolver, na maioria das vezes, potencial para autonomia e autodesenvolvimento das ações.

Sabe-se que os movimentos sociais têm sido considerados, por vários analistas e consultores de organizações internacionais, como elementos e fontes de inovações e mudanças sociais. Existe também um reconhecimento de que eles detêm um saber, decorrentes de suas práticas cotidianas, passíveis de serem apropriados e transformados em força produtiva. Quando se examina, por exemplo, a questão indígena, ressalta-se o saber que eles detêm sobre a floresta. Os movimentos são elementos fundamentais na sociedade moderna.

A presença dos movimentos sociais é uma constante na história política do país, mas ela é cheia de ciclos, com fluxos ascendentes e refluxos (alguns estratégicos, de resistência ou rearticulação em face à nova conjuntura e às novas forças sociopolíticas em ação). O importante a destacar é esse campo de força sociopolítico e o reconhecimento de que suas ações impulsionam mudanças sociais diversas.

O repertório de lutas construído por eles demarcam interesses, identidades, subjetividades e projetos de grupos sociais. A partir de 1990, os movimentos sociais deram origem a outras formas de organizações populares, mais institucionalizadas, como os fóruns nacionais de luta pela moradia popular. No caso da habitação e reforma urbana, por exemplo, o próprio Estatuto da Cidade é resultado dessas lutas.

O Fórum da Participação Popular e tantos outros fóruns e experiências organizativas locais, regionais, nacionais e até transnacionais estabelecem práticas, fizeram diagnósticos e criaram agendas, para si próprios, para a sociedade e para o poder público. O Orçamento Participativo e vários outros programas criados no interior das políticas públicas, surgiram como fruto daquela trajetória.

A partir dos anos de 1990, a nova política de distribuição e gestão dos fundos públicos, em parceria com a sociedade organizada, focalizada não em áreas sociais (como moradia, saúde, educação etc.), mas em projetos pontualizados, como crianças, jovens, mulheres etc., contribuiu para desorganizar as antigas formas dos movimentos com suas demandas e reivindicações.

A palavra de ordem dos novos projetos e programas passou a ser: ser propositivo e não apenas reivindicativo, ser ativo e não apenas um passivo reivindicante.

Muitos movimentos se transformaram em ONGs ou se incorporaram às que já os apoiavam. A atuação por projetos exige resultados e tem prazos. Criou-se uma nova gramática onde mobilizar deixou uma diretriz para o desenvolvimento de uma consciência crítica, ou para protestar nas ruas. Mobilizar passou a ser sinônimo de arregimentar e organizar a população para participar de programas e projetos sociais, a maioria dos quais já vinha totalmente pronto e atendia a pequenas parcelas da população. Em alguns casos, o militante foi se transformando no ativista organizador das clientelas usuárias dos serviços sociais.

Necessário destacar movimentos sociais organizados em 2009 no Brasil, entre tantos outros: Coalizão Moradia, DF; Liga Brasileira das Lésbicas; MAB – Movimento dos Atingidos por Barragens; MMC – Movimento de Mulheres Camponesas; MNDH – Movimento Nacional de Direitos Humanos; MNMMR – Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua; Movimento Consulta Popular; Movimento dos Catadores de Lixo Reciclável; MPA – Movimento dos Pequenos Agricultores; MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra; MTD – Movimento dos Trabalhadores Desempregados; PJB – Pastoral da Juventude do Brasil; Ubes – União Brasileira dos

Estudantes Secundaristas; UNE – União Nacional dos Estudantes; Rede de Educação Cidadã; Vida e Juventude. Já no âmbito do trabalho sindical destacam-se: CGTB – Central Geral dos Trabalhadores; Contag – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura; CTB – Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras no Brasil; CUT – Central Única dos Trabalhadores; Força Sindical; NCST – Nova Central Sindical de Trabalhadores; UGT – União Geral dos Trabalhadores) (GOHN, 2010).

Os movimentos sociais de diversos segmentos da sociedade, e mais especificamente os populares, dada a centralidade e importância destes no contexto geral dos movimentos sociais, são exemplos básicos de agentes estruturantes das ações coletivas.

Necessário destacar que no início dos anos de 1990 os movimentos ambientalistas eram fortes, mas a maioria já se organizava e apresentava-se como ONG.

De um total de 798 entidades que compunham o Fórum das ONGs brasileiras (que elaborou na época um Relatório para a conferência paralela ao evento oficial – a ECO 92), apenas 59 denominavam-se como "movimento", no seu próprio título. E apenas 8 eram associações de moradores (GOHN, 2010).

O movimento de gênero, o movimento dos afro-brasileiros e o movimento indígena, movimentos de jovens, idosos etc. são considerados movimentos identitários e culturais porque conferem aos seus participantes uma identidade centrada em fatores biológicos, étnicos/raciais, ou geracional (idade).

No decorrer do século XXI proporcionou a consolidação do elemento cultural, nos direitos culturais que preconizam o direito à diversidade da cultura dos povos, enquanto etnias, raças, crenças, opções religiosas, sexuais etc. Consolidam-se também os direitos à proteção ambiental, à vida e ao patrimônio artístico e cultural da humanidade.

No âmbito internacional destacam-se várias entidades de luta pelos direitos, tais como a Anistia Internacional. No plano nacional destaca-se o MNDH – Movimento Nacional Pelos Direitos Humanos como um dos mais antigos e o mais abrangente.

Durante o século XXI, o MNDH incorpora-se à luta contra todas as formas de tortura, pela dignidade nas prisões, pelos direitos fundamentais do ser humano, ou seja, pelo direito a uma vida digna e pela universalização dos direitos constitucionais.

De igual sorte, também se englobam nesta situação os movimentos sociais pelos direitos humanos nos presídios, presos políticos, situações de guerra, em defesa e preservação dos direitos culturais.

Também importante destacar a questão da fome que gerou campanhas (1914, 1934, 1992 etc.) e inúmeras mobilizações envolvendo passeatas, como a da "Panela Vazia" nos anos de 1950, e ações práticas, como a Campanha contra a fome e defesa da vida, organizada pelo Betinho no início dos anos de 1990, e a Ação da Cidadania Contra a Fome e a Miséria.

Tais ações geraram grupos de coleta de doações de alimentos, cooperativas de geração de renda, ações cidadãs de resgate da dignidade de pessoas que viviam e vivem da coleta e manuseio dos resíduos do lixo nas cidades. Programas governamentais como Comunidade Solidária, Fome Zero e Bolsa Família tiveram como foco estes grupos.

Buscando novas orientações dos cristãos, levaram estes, nos anos de 1990, ao apoio para a criação da Central dos Movimentos Populares (1993), e ao lançamento do Movimento da Consulta Popular (1997), assim como uma reativação de manifestações públicas como a marcha do Grito dos Excluídos, organizada desde 1995, e a Marcha das Margaridas (em sua maioria, mulheres camponesas), além das inúmeras Marchas dos Sem-Terra, que ganharam espaço na mídia a partir de 1997. O Movimento Consulta Popular do final dos anos de 1990, o Plebiscito sobre a Dívida Externa, em 2000; a Campanha Contra a Alca – Área de Livre-Comércio das Américas, que resultou no Plebiscito Popular sobre a Alca em 2002 (GOHN, 2010).

No campo dos movimentos sociais rurais a organização popular cresceu bastante e a partir de 1990. Pesquisas indicam a existência de mais de 80 movimento rurais no Brasil no início deste novo milênio. Na atualidade, os principais movimentos do campo são: MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, a Via Campesina, o MAB – Movimento dos Atingidos pelas Barragens, o MMC – Movimento das Mulheres Camponesas, o MPA – Movimento dos Pequenos Agricultores, a Contag – Confederação dos Trabalhadores da Agricultura, o MMTR – Movimento de Mulheres Trabalhadoras Rurais, a Resab – Rede de Educação do Semiárido Brasileiro, a CPT – Comissão Pastoral da Terra e os sindicatos de trabalhadores rurais vinculados à Contag (GOHN, 2010).

Assim, verificamos uma gama enorme de movimentos sociais, subdivididos por eixos e subeixos, que buscam seus direitos, sejam eles específicos ou individuais. Não são mais nem menos importantes uns dos outros, eis que demonstram a luta por situações necessárias a seus grupos e entes envolvidos.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de participação pode ser derivado das diversas regras que visam concretizar o complexo dos princípios constitucionais. De outra banda, o direito de reclamação encontra-se expressamente previsto no Art. 37, § 3º, I, da CF/1988[2], no capítulo que regula a Administração Pública.

Cria-se, assim, como uma espécie do gênero "direito de participação" especificamente situado na esfera administrativa. Seu conteúdo, portanto, refere-se ao direito dos cidadãos de controlar os serviços públicos prestados pelo Estado ou por suas concessionárias.

De imediato é possível afirmar que o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorrem diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático. Portanto, concretiza o Estado Democrático de Direito, princípio estruturante da república Federativa do Brasil, conforme a fórmula prevista no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988[3].

A noção de direitos fundamentais se desenvolve no campo do ordenamento jurídico quando o homem se reconhece como sujeito da história, capaz de dominar o seu futuro através de sua racionalidade.

A positivação dos direitos fundamentais ocorre, então, nas Cartas das Revoluções Liberais, sendo paradigmáticas a Convenção da Filadélfia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789. Constituindo-se como verdadeiros marcos históricos, estas cartas transformam os homens em titulares de direitos subjetivos através dos quais opõem limites ao exercício do poder público.

A partir de uma perspectiva jurídica, os direitos fundamentais são concebidos como direitos de todos os homens, decorrentes de sua natureza de humanidade (da razão). Direcionam-se ao limite e ao controle do poder. Desde as Cartas Revolucionárias, os direitos fundamentais encontram-se positivados nas Constituições dos Estados, constituindo-se como o núcleo essencial de tais constituições e, por consequência, o fim último do Estado e, assim, da própria Administração Pública.

---

2 Art. 3º A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

3 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:

Os direitos fundamentais são, em última análise, definidos pelas sociedades historicamente situadas, assumindo o sentido definido pelo povo, no exercício do poder constituinte, representando os valores máximo eleitos pelo corpo social. Em razão disso, atuam como fundamento de legitimidade de toda e qualquer sociedade.

Em face de sua constitucionalização, o regime jurídico dos direitos fundamentais submete-se ao tratamento dado à Constituição.

No Brasil, os direitos fundamentais assumem tal configuração por força do disposto no Art. 5º, § 2º[4], da Constituição Federal. Em face de tal descrição, os direitos fundamentais não se restringem aos expressamente previstos no art. 5º, podendo ser identificados direitos fundamentais enunciado em outros dispositivos da Constituição, em Tratados Internacionais ou, mesmo, serem deduzidos do sistema constitucional como direitos fundamentais implícitos.

De qualquer modo, é possível tratar os direitos fundamentais como elementos indissociáveis do Estado Social e Democrático de Direito, pois exercem uma função limitativa do poder e, ao mesmo tempo, uma função legitimadora do Estado e da Constituição, vinculando toda a atividade pública ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.

O art. 60, § 4º, da CF[5], refere que os direitos e garantias individuais pertence ao disciplinado por cláusulas pétreas do ordenamento brasileiro, uma verdadeira reserva de constituição, com o objetivo de preservação do Estado Social e Democrático de Direito, definindo o seu conteúdo de cunho social, político, de liberdades e garantias.

Assim, o direito de participação administrativa, em suas diversas acepções, constitui-se como direito fundamental implícito, no atual contexto como direito de 4ª geração, decorre do princípio que consagra, no Brasil, o Estado Social e democrático de Direito.

Para identificar o conteúdo do direito de participação, contudo, não basta a sua caracterização enquanto direito fundamental, sendo relevante apreciar, ainda que em linhas gerais, a dimensão que toma como concretizador do princípio do Estado de Direito do princípio Democrático.

O direito de participação, bem como o direito de reclamação, concretamente situados na Constituição Federal de 1988, pressupõem, para o seu devido entendimento, uma análise, ainda que breve, nos limites do presente trabalho, sobre os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático.

Com as revoluções os homens se tornaram "livres" e, de certa forma, "iguais". Ultrapassada onde o Estado não é mais o réu, sendo que o povo integra o parlamento, buscando uma finalidade comum. O Estado se transforma de absoluto a ser mínimo (exceto em campos determinados – poder de polícia ou atividades que não eram lucrativas para a iniciativa privada), não interferindo na esfera dos indivíduos (princípio legal).

As mudanças ocorridas na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal não ocorreram desligadas de lutas sociais, políticas, jurídicas, econômicas e mesmo filosóficas contra o Estado Absolutista na sua dimensão de Estado de Polícia (GOHN, 2010).

---

4 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.

5 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Presente estamos, diante de uma verdadeira alteração paradigmática na história da humanidade. Com efeito, o homem passa a ser visto como sujeito capaz de construir sua história, determinando seu futuro a partir da razão. Passa a ocupar o centro do mundo, de forma livre e autônoma. É, enfim, esta percepção iluminista e humanista que marca o contexto ético no qual se desenvolve o liberalismo (GOHN, 2010).

Tomando-se em consideração o contexto de reivindicações, na segunda metade do século XVIII, pode-se concluir que se fazia necessária a criação de arcabouços teóricos e sobretudo políticos capazes de limitar o poder soberano e absoluto que detinham os reis. Daí nasce a ideologia que funda o Estado Liberal enquanto um Estado mínimo, com a função de garantir os direitos fundamentais do homem: liberdade, igualdade e propriedade (GOHN, 2010).

Todavia, com a apropriação privada da propriedade, instauraram um Estado de Guerra. Assim, em nome da paz coletiva, os homens concordaram em criar, através do contrato social, uma entidade que, formada por todos e regida pelas determinações da vontade geral, garantisse a segurança e o exercício regular dos direitos, agora denominados direitos civis.

Assim, não faz sentido atribuir ao Estado Liberal qualquer função no que se refere ao desenvolvimento individual dos cidadãos, pois ele seria alcançado na esfera privada. Cabe tão-somente ser um Estado abstencionista, dispondo de um arsenal jurídico que lhe permita garantir o núcleo de direitos fundamentais aos cidadãos.

Pode-se constatar que para consolidar as bases do Estado liberal foi necessária a construção de uma estrutura jurídica que regulamentasse as atividades do poder público, impondo limites à atuação do Estado e assegurasse os direitos fundamentais dos indivíduos.

Como resposta a tal demanda surge o Estado de Direito, com uma marca pela qual se pode adjetiva-lo de essencialmente liberal, pelo menos no que diz respeito a sua origem.

Com efeito, o princípio da tripartição dos poderes, no Estado de Direito, fornece as bases teóricas para a limitação do poder soberano. Como se sabe, a partir da teoria de Montesquieu, as funções de fazer as leis (função legislativa), executar as diretrizes legais (função executiva) e controlar a sua aplicação (função judiciária), deixam de ser desempenhadas pelo Monarca e são distribuídas entre três órgãos: Poder Legislativo, formado por representantes do povo e encarregado de juridicializar a vontade geral, Poder Executivo e Poder Judiciário. A ideia básica desta teoria, como se sabe, é a de que a divisão das funções vai impedir qualquer abuso do poder público (GOHN, 2010).

Complementar à tripartição de poderes é o princípio da legalidade. Este princípio assume particular importância na estrutura administrativa do Estado de Direito, desde o modelo liberal até o atual modelo de Estado. De qualquer modo, é possível desde logo referir que o princípio da legalidade determina que o soberano somente pode atual segundo a lei, a partir de uma autorização legal. Ora, como os governantes atuam em estrito cumprimento às leis e estas são feitas por representantes do povo, tendo por conteúdo a vontade geral, em última análise é possível dizer que, ao menos do ponto de vista teórico, no Estado Liberal toda a atividade do poder público é definida pelos cidadãos(GOHN, 2010).

A partir destas características, constata-se que o Estado de Direito nasce com uma perspectiva material, informado pela ideia de justiça, vinculado à proteção dos direitos fundamentais.

Também foi essencial para a concretização deste modelo de Estado o advento de uma estrutura administrativa que não mais se confundia com a figura do soberano. Surge, assim, a Administração Pública personalizada, com toda a sua atividade submetida à lei, por conta do princípio da legalidade.

No contexto do Estado Liberal, a Administração Pública define-se como uma estrutura voltada a satisfazer os interesses da burguesia – através dos atos emanados do Parlamento -, e não mais os desejos do rei.

Se observa que o princípio da legalidade, desde o seu nascimento, desdobra-se em um duplo sentido: por um lado determina que os agentes públicos, no exercício do poder de Estado, só podem

fazer aquilo que a lei permite (legalidade estrita) e, por outro lado, implica que o particular é dado fazer tudo o que a lei não proíbe (autonomia da vontade). Conjugam-se a esses dois enfoques, ainda, a questão da reserva legal a qual implica que qualquer limitação aos direitos dos cidadãos somente pode ser determinada por lei.

É justamente nesta medida que o princípio do Estado de Direito, através do princípio da legalidade, poderá ser concretizado através do direito de participação do cidadão na esfera administrativa.

Com efeito, em uma dada perspectiva, o direito de participação garante aos cidadãos a possibilidade de exercer o controle dos atos administrativos.

Importante notar que, na emergência do Estado Liberal, o controle era realizado somente quanto a aspectos referidos à legalidade dos atos administrativos. Este controle, quando realizado pelos indivíduos, restringia-se à apreciação do exercício da atividade pública na esfera do contencioso administrativo. Era, portanto, uma espécie restrita de controle, o que será modificado no Estado Social e Democrático de Direito.

Note-se, ainda, que tal direito, nesse período, era exercido, fora do âmbito administrativo, através da representatividade (que é uma forma de participação em sentido amplo) e, na esfera da Administração Pública, através do controle de sua atividade no contencioso administrativo.

Foi no Estado Social que esse direito, especificamente referido à esfera administrativa, torna-se mais instrumentalizado. Isto porque, como se sabe, neste modelo de Estado cresce a preocupação com o controle das atividades administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja através da prestação de serviços públicos, seja através da atividade regulatória da economia.

No Estado Social criam-se novas modalidades de controle dos atos administrativos, legitimando-se o cidadão como agente controlador. Esta forma de participação tem diversos de seus mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988.

De qualquer forma, além dos aspectos já referidos, o advento do Estado Social trouxe relevantes implicações no que se refere ao direito de participação na sua perspectiva democrática.

Quanto à dimensão do direito de participação dirigida à concretização do princípio do Estado de Direito, tem-se que ele se manifesta através do princípio da legalidade, como uma modalidade de controle dos atos administrativos, titularizada pelos cidadãos.

Desta forma, não se pode esquecer que a participação, no quadro do Estado Social de Direito, legitima a demanda por controle, não apenas pautado na legitimidade formal, mas impõe a observância de critério materiais de justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos sociais são de fundamental importância para a busca por direitos individuais e coletivos, primando pela luta dos anseios categorizados e necessários a implementação de resultados eficazes.

A participação popular, alicerce da cidadania, mobiliza os setores da sociedade, através da implementação da participação de reflexos futuros em prol de todos. A busca por melhorias e resultados positivos, merecem atenção, eis que permeiam a necessidade de participação, evitando assim, decisões que interfiram no cotidiano de todos, sem a ciência ou com a mínima participação.

A luta é constante, seja dos movimentos sociais e da participação popular, os quais estão em crescimento constante e devem ser incentivados por todos e também pelo ente público e setores da sociedade organizada.

Merece apoio da sociedade como um todo, bem como do ente público, eis que a os nossos legisladores são representantes da sociedade, eleitos pelos núcleos e devem ser acompanhados e referendados ou não, através da participação popular.

Diante de um cenário diverso que enfrentamos atualmente, observa-se que os movimentos sociais, assim como a participação popular como um todo, possui papel fundamental no debate entre as classes, possibilitando externar a posição de dado movimento, frente as inúmeras situações desabonadoras que enfrentamos no campo social, político e econômico.

Elevar o status deste debate deve passar pelas manifestações populistas e de classes, eis que vivemos em um País onde a democracia deve reinar, sempre primado pelo diálogo, abarcado pelos princípios constitucionais de livre manifestação, direito de expressar sua posição na modalidade de ir e vir, sendo que muitas vezes podem delinear novos e amplos debates sobre os limites de tais manifestações, em detrimento ao direito alheio.

REFERÊNCIAS

GOHN, Maria da Glória. Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil Contemporâneo. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. Teorias dos Movimentos Sociais - Paradigmas clássicos e contemporâneos. 5. ed. São Paulo, SP: Loyola, 1997.

PERUZZO, Cicilia Maria Krohling. Comunicação nos movimentos populares - a participação na construção da cidadania. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

TARROW, Sidney. O Poder em movimento - movimentos sociais e confronto político.Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

WAINWRIGHT, Hilary (Trad. José Corrêa Leite). Poder popular no século XXI. São Paulo, SP: Xamã, 2005.

A CONTRIBUIÇÃO DO IDEÁRIO DA JUSTIÇA AMBIENTAL PARA O SOCIOAMBIENTALISMO BRASILEIRO

Brunna Grasiella Matias Silveira [1]

RESUMO: Designa-se Socioambientalismo o modo de pensar o social e o ambiental de forma indissociável. No Brasil, essa corrente de pensamento ascendeu na segunda metade da década de 1980, incorporando-se à Constituição Federal de 1988 como resultado da atuação conjunta do Movimento Ambientalista e dos Movimentos Sociais. Por sua vez, a Justiça Ambiental, surgida nos Estados Unidos na década de 1970 e inserida no Brasil como movimento organizado em 2001, informa o acesso equitativo aos recursos ambientais e veda a desproporcionalidade no destino dos impactos ambientais negativos, ou seja, veda o racismo ambiental geralmente sofrido por grupos mais vulneráveis de uma sociedade. A pesquisa tem o propósito de refletir sobre a contribuição da Justiça Ambiental para as discussões do Socioambientalismo Brasileiro. Inicialmente, apresentam-se os traços caracterizadores do Socioambientalismo para, em seguida, explicar a noção de Justiça Ambiental, apontando as suas contribuições. A pesquisa empreendida será do tipo bibliográfica e documental – consulta a livros, artigos, teses, dissertações, periódicos, entre outras obras da literatura jurídica e não jurídica. Constatou-se que ambos os movimentos articulam-se na luta pela justiça social e buscam soluções para a dupla violação de direitos humanos (sociais e ambientais). Conclui-se que a Justiça Ambiental agrega, assim, ao Socioambientalismo, o combate ao racismo ambiental, na tentativa de criar uma nova racionalidade para reger o mundo, contraposta à racionalidade econômica que tantas injustiças ambientais gera.

PALAVRAS-CHAVE: Socioambientalismo. Justiça Ambiental. Justiça Social.

1 INTRODUÇÃO

O Socioambientalismo surgiu na segunda metade da década de 1980 a partir de articulações políticas entre o Movimento Ambientalista e os Movimentos Sociais, incorporando-se à Constituição Federal de 1988. À época era vivida a redemocratização do nosso país, momento marcado pela atuação conjunta de vários segmentos da sociedade no sentido de ver tutelada, no novo Estado a ser fundado pela Assembleia Nacional Constituinte, uma série de direitos humanos suprimidos ou negados durante a Ditadura Militar.

No presente trabalho busca-se estudar o Socioambientalismo, mas relacionando-o à Justiça Ambiental e, principalmente, investigando-se a contribuição daquele movimento estadunidense, surgido na década de 1970, para as discussões brasileiras.

Inicialmente, apresentam-se os traços caracterizadores do Socioambientalismo para, em seguida, explicar a noção de Justiça Ambiental, contextualizando-a à realidade brasileira e apontando-se as suas possíveis contribuições. A pesquisa empreendida será do tipo bibliográfica e documental – consulta a livros, artigos, teses, dissertações, periódicos, entre outras obras da literatura jurídica e não jurídica.

2 A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA SOCIAMBIENTAL NO BRASIL

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, área de concentração Ordem Jurídica Constitucional; *brunnagrasiella@hotmail.com*.

Designa-se Socioambientalismo o modo de pensar o social e o ambiental de forma indissociável, tendo em vista o fato de que a ação humana influencia o meio ambiente, modificando-o, determinando a organização das pessoas em seus espaços, mas também que este mesmo meio condiciona tal atuação, uma vez que os recursos dele advindos devem ser utilizados de forma racional para que não seja gerado um desequilíbrio ecológico capaz de ameaçar a manutenção da vida.

No Brasil, o Socioambientalismo é comumente relacionado ao histórico do movimento ambientalista nacional, porém apresentam os estudiosos pontos de vista diferentes acerca de sua origem e repercussão.

Rachel BidermanFurriela remete o surgimento do Socioambientalismo à década de 1990, resultado da evolução do pensamento ambientalista brasileiro, o qual, anteriormente, concentrava esforços nas atividades de conservação e preservação ambiental. Os preservacionistas pregavam o isolamento de áreas protegidas, sendo contrários a qualquer tipo de presença humana, enquanto os conservacionistas, apesar de defenderem também o meio ambiente natural contra as ações destrutivas do homem, permitiam o uso eventual de determinadas áreas de forma controlada. Em contraposição a tais visões, o ambientalismo foi seguindo um novo rumo, o socioambientalismo, buscando "congregar a sustentabilidade dos ecossistemas com a sobrevivência digna das populações neles instaladas historicamente" (FURRIELA, 2004, p.64-65).

Para Eduardo Viola, tal corrente surgiu na segunda metade da década de 80 e permanece até hoje como mais um setor do movimento ambientalista brasileiro, composto por organizações não-governamentais, sindicatos e movimentos sociais que, apesar de concentrarem-se em outras pautas, incorporaram a proteção ambiental à sua atuação (VIOLA, 1998, p.135). São exemplos o movimento dos atingidos por barragens, o movimento dos seringueiros, os movimentos indígenas, alguns setores do movimento dos trabalhadores rurais sem terra, do movimento de mulheres e do movimento estudantil.

Viola reconhece ainda a importância das organizações socioambientalistas – juntamente com outros setores do movimento ambientalista - no Congresso Constituinte de 1987-1988, assim como nas constituintes estaduais em 1988-1989, e na elaboração de propostas para a Eco-92 (VIOLA, 1992, p.64-67).

Juliana Santilli não aborda o socioambientalismo propriamente como uma vertente do movimento ambientalista, mas considera a sua ascensão um fenômeno complexo para o qual convergem também outros movimentos sociais. Semelhante ao pensamento de Viola, para ela o Socioambientalismo Brasileiro surgiu na segunda metade da década de 1980 a partir de articulações entre o movimento ambientalista e os movimentos sociais, consolidando-se nos anos 90, principalmente após a Eco-92 (SANTILLI, 2005, p.31).

Santilli analisa o paradigma socioambiental nas esferas política e jurídica. Como alguns marcos referenciais do socioambientalismo nacional no campo político, ela aponta o surgimento da Aliança dos Povos da Floresta e o Encontro de Altamira, realizado em 24 de fevereiro de 1989, na cidade de Altamira, Estado do Pará.

A Aliança dos Povos da Floresta, formada principalmente por indígenas e seringueiros – destacando-se como líder Chico Mendes -, opunha-se ao modelo predatório de exploração dos recursos naturais e propunha a criação de reservas de baixo impacto ambiental. Já o Encontro de Altamira exemplifica a luta dos povos indígenas da região e de seus parceiros contra a construção da primeira barragem do Complexo Hidrelétrico do Xingu, o qual traria prejuízos ao meio ambiente e aos índios (SANTILLI, 2005, p.37).

No tocante à seara jurídica, até o advento da Carta de 1988, as normas ambientais não possuíam um caráter nitidamente social (SANTILLI, 2005, p.29). As leis ambientais brasileiras até a década de 1980 apresentavam um viés conservacionista e utilitarista dos recursos naturais, trazendo a noção de meio ambiente ainda compartimentalizada, tratando separadamente cada aspecto, a exemplo

do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), do Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771/65) e da Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67). A lei que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) contribuiu, em certa medida, para a compreensão sistêmica do meio ambiente, porém ainda demonstrava um viés conservacionista.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Socioambientalismo foi incorporado oficialmente no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma visão sistêmica do meio ambiente e propondo a integração deste com as questões sociais, com os modos de vida dos vários grupos que compõem a sociedade brasileira.

O art.225 da CF/88 garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano de terceira dimensão em virtude de sua natureza coletiva, tratando-se de um direito de solidariedade.

Acerca do conceito de meio ambiente, consigna Celso Antonio Pacheco Fiorillo que "o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma" (FIORILLO, 2009, p.19). Assim, com o intuito de abranger os aspectos mais significativos do meio ambiente indispensáveis à sadia qualidade de vida, o autor propõe a seguinte classificação: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. A separação por aspectos é apenas didática, pois o meio ambiente é um sistema, um todo complexo, ademais essa classificação tem a vantagem de "facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido" (FIORILLO, 2009, p.20).

O meio ambiente natural compõe-se dos elementos da biosfera, do ar, das águas, do solo, da fauna e da flora, enquanto o artificial compreende o chamado espaço urbano construído (edificações e equipamentos públicos, como os serviços de esgoto e de abastecimento de água, energia elétrica, entre outros).

O meio ambiente cultural corresponde ao patrimônio cultural retratado no art.216 da CF/88. Por meio da proteção ao patrimônio cultural, a Constituição assegura o multiculturalismo intrínseco à sociedade brasileira, atribuindo importância tanto aos bens imateriais –como as danças, músicas, contos, culinária, artesanato, técnicas agrícolas, conhecimento das populações indígenas e quilombolas, por exemplo – quanto aos materiais – como objetos, documentos, edificações e sítios arqueológicos.

Finalmente, o meio ambiente do trabalho, tutelado no art.200, VIII da CF/88, indica o lugar onde as pessoas desenvolvem suas atividades laborais, no qual devem ser proporcionadas condições de saúde e segurança para o trabalhador, conforme preleciona o art.7º, XXII.

O art.225 da CF/88 traz ainda os princípios norteadores do Direito Socioambiental, entre os quais destacam-se o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da participação e o princípio da ubiquidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável informa que o meio ambiente pode ser utilizado pelo homem para satisfazer as suas necessidades, porém de maneira racional a fim de que as próximas gerações também nele possam buscar o essencial à manutenção da vida. Assim, há a responsabilidade imposta a todos, Poder Público e sociedade, de preservar o meio ambiente e de fiscalizar as atividades humanas que possam degradá-lo.

O princípio da participação decorre do princípio acima citado e preconiza a ação conjunta do Estado e da sociedade na observância das políticas socioambientais.

Por fim, o princípio da ubiquidade está relacionado ao próprio cerne do Socioambientalismo, ou seja, o meio ambiente deve ser tema tratado de forma transversal em todas as demais políticas públicas, uma vez que, como visto, não há como pensar o social e o ambiental separadamente.

Além de um capítulo específico destinado ao meio ambiente, o texto constitucional está repleto de dispositivos inspirados pelo Socioambientalismo, como o art.231, o qual garante aos índios o reconhecimento de sua cultura e de suas terras tradicionalmente ocupadas, bem como o usufruto

exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, estando aqui o meio ambiente protegido tanto em relação aos elementos naturais quanto aos culturais.

O art.182, §2º da CF/88, para citar mais um exemplo, também apresenta orientação socioambiental ao instituir que a propriedade urbana deve cumprir a sua função social, sendo esta atendida quando estiver de acordo com o plano diretor, lei municipal de organização da cidade. Complementa o art.1º, parágrafo único da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que a propriedade urbana deve ser usada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Uma vez vistos os elementos caracterizadores do socioambientalismo e como os mesmos foram absorvidos pelo ordenamento jurídico, atentemos para o fim da tutela do meio ambiente e, por conseguinte, dos direitos que lhe são correlatos: a Justiça Ambiental.

Recorrendo novamente à Constituição Federal, lê-se no art.193 o seguinte: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Na Magna Carta constam meios de garantir o acesso à justiça, como o direito de petição e de obtenção de certidões em órgãos públicos independentemente do pagamento de taxas, a inafastabilidade da jurisdição, a razoável duração do processo, a propositura de ação popular (art.5º, incisos XXXIV, XXXV, LXXIII e LXXVIII) e a previsão das funções essenciais à justiça (arts.127 a 135).

Os meios supracitados traduzem o aspecto formal do acesso à justiça, sendo necessário, entretanto, ir mais além para apreender a sua conotação substancial. Com efeito, a oferta de meios de defesa de direitos individuais e coletivos, seja no âmbito judicial ou administrativo, não esgota o significado do direito ao acesso à justiça, posto que alguns fatores devem ser considerados para que os diversos grupos sociais tenham iguais condições de utilizar tais meios visando o atendimento de seus interesses.

Dentre estes fatores estão o alto custo do processo e da contratação de advogados, a falta de informação quanto aos direitos e ao modo de agir quando estes são lesados e a estrutura conservadora do Poder Judiciário, da qual, em muitos casos, emanam decisões incompatíveis com a realidade social.

Nesse compasso, pode-se afirmar que o acesso à justiça se verifica quando implica em justiça social, traduzida na efetivação de direitos de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana.

Sob a ótica do Socioambientalismo, a justiça social toma a forma da Justiça Ambiental, sinalizando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser assegurado a todos, considerando-se, entretanto, que determinada parcela da população poderá vir a sofrer mais intensamente com a ameaça ou a lesão daquele direito em virtude de sua vulnerabilidade econômica e social.

A noção de Justiça Ambiental remonta aos Estados Unidos, firmando-se como movimento organizado através da articulação entre as lutas por direitos civis dos negros e por proteção ambiental, cujos pontos de partida foram os casos de *Warren County* (Condado de Warren, no estado da Carolina do Norte) e de *Love Canal* (bairro da cidade de *Niagara Falls*, estado de Nova Iorque). O movimento cresceu e expandiu-se para outros países, inclusive para o Brasil, associando à degradação ambiental temas como segurança no trabalho, moradia e participação da comunidade na elaboração de políticas públicas.

O conceito e as características da Justiça Ambiental, bem como o histórico e os princípios orientadores de sua atuação enquanto movimento social serão abordados a seguir.

3 Origem do Movimento pela Justiça Ambiental e sua inserção no Brasil

O Movimento pela Justiça Ambiental surgiu nos Estados Unidos, a partir de duas experiências entre o final da década de 70 e início de 80, quais sejam, o caso de *Love Canal* (bairro da cidade de

Niagara Falls, estado de Nova Iorque) e o de *Warren County* (Condado de Warren), como desdobramento do debate acerca da contaminação química de locais de moradia e trabalho e da disposição indevida de lixo tóxico iniciado no final da década de 60. (ACSELRAD, 2004, p.25).

A primeira envolve uma comunidade de famílias de classe média baixa habitante de uma área na cidade de *Niagara Falls*, estado de Nova Iorque, conhecida como *Love Canal* – em homenagem ao idealizador da obra, Willian T. Love - que, ao descobrir estar instalada sobre um aterro de resíduos tóxicos, passou a lutar por indenizações, tratamento médico e pelo direito à informação sobre a sua realidade local.

Naquela região foi iniciada, em 1892, a construção de um grande canal para unir as partes alta e baixa do rio Niágara que, no entanto, foi abandonada em 1920. Em 1942 o terreno foi adquirido em hasta pública pela *Hooker Chemical and Plastics Corporation* (Firma de Químicos e Plásticos Hooker) e transformado em um depósito de lixo tóxico da empresa. Além da *Hooker*, a cidade de Niágara e o Exército norte-americano já haviam utilizado o canal para despejos.

Em 1953, após preencher todo o canal com lixo tóxico e soterrá-lo, a empresa resolveu vendê-lo à câmara de Educação de *Niagara Falls* pelo preço simbólico de 1 (um) dólar. No contrato de venda os proprietários cientificavam a existência de substâncias perigosas, bem como inscreviam uma cláusula que eximia a empresa de qualquer responsabilidade por eventuais danos causados. Inobstante tal alerta, o local foi sendo urbanizado na década de 50, sendo em 1955 construída uma escola primária, originando, assim, a comunidade de *Love Canal*, cujos moradores permaneceram desinformados sobre a real situação do lugar.

Em 1978 os moradores fundaram a *Love Canal Homeowners Association* (Associação de Moradores de Love Canal), a LCHA, com o objetivo de denunciar os efeitos causados pela poluição: o contato com o solo provocava queimaduras, as árvores morriam, doenças como leucemia, problemas respiratórios e renais, abortos espontâneos e anomalias em recém-nascidos eram cada vez mais comuns.

No mesmo ano de sua criação, a LCHA começou a pressionar o Poder Público, exigindo providências. Em junho, o Departamento de Saúde do Estado de Nova Iorque promoveu uma audiência publica no auditório de uma escola da comunidade, ocasião na qual autoridades aconselharam os moradores a não comer nada que estivesse plantado na área e a não descer aos seus porões. Em agosto, em novo encontro na cidade de *Albany*, o Departamento de Saúde recomendou a evacuação temporária das mulheres grávidas e das crianças de menos de dois anos de idade, em função das provas de abortos espontâneos e do nascimento de crianças defeituosas em duzentas e trinta e nove famílias. Ainda naquele mês, o governo realocou definitivamente as famílias e comprou suas casas. Em 1980 a área foi declarada emergencial em virtude de um estudo realizado pela *Environmental Protection Agency*, (Agência de Proteção Ambiental, órgão ambiental federal norte-americano), sendo assinada uma lei de evacuação permanente do local (HERCULANO, 2001, p.221).

Muito embora *Love Canal* seja um evento importante para a formação do Movimento pela Justiça Ambiental, os doutrinadores costumam enfatizar *Warren County* como o seu ponto de partida. Ocorre que a questão da raça é determinante na história dos Estados Unidos, marcada pela opressão dos negros, pelo racismo, e o evento relaciona justamente a poluição por substâncias tóxicas à discriminação sofrida pela população negra norte-americana.

Em 1978 a empresa *Ward Transfer Company* (Companhia de Transferência e Custódia) começou a despejar clandestinamente uma grande quantidade de policloreto de bifenila (PCB), depositando-o em valas nos acostamentos das rodovias do Estado da Carolina do Norte. Após quatro anos de despejos indevidos, cerca de trezentos e trinta e seis quilômetros de terras estavam poluídas, totalizando um volume superior a trinta mil e quinhentos metros cúbicos, configurando o maior derramamento da substância já registrado nos Estados Unidos (FROTA, 2009, p.18).

Quando a ação da empresa foi descoberta, o governo prendeu os responsáveis e elaborou um plano emergencial para a recuperação da área, determinando a construção de um aterro onde seria armazenado o solo contaminado. O local escolhido foi *Afton*, Condado de *Warren*, comunidade majoritariamente negra, a qual respondeu à notícia com uma série de protestos. Os moradores temiam a proliferação de problemas de saúde e a queda do preço de seus imóveis, em breve próximos a um aterro (FROTA, 2009, p.18). O movimento foi crescendo até que, em 1982, uma grande manifestação levou a mais de quinhentas prisões.

O acontecimento repercutiu para além das fronteiras daquele condado, revelando ao restante dos Estados Unidos e ao mundo que a luta por direitos civis dos afro-americanos incluía também a justiça ambiental, demonstrando que o ocorrido em *Afton* não constituía um exemplo isolado, mas apenas uma amostra do descaso vivido por comunidades negras do país. De fato, alguns estudos realizados nos anos seguintes davam conta da injustiça generalizada: em 1983 o *U.S GeneralAccounting Office* (Escritório de Contabilidade Geral dos Estados Unidos) divulgou que 75% dos aterros comerciais de resíduos perigosos da Região 4 (que compreende os estados de *Alabama, Florida, Georgia, Kentucky, Mississipi*, Carolinas do Norte e do Sul e *Tennesse,* no Sudeste dos Estados Unidos) estavam situados em comunidades afro-americanas, embora estas correspondessem a apenas 20% da população da região; em 1987 a *United ChurchofChristCommission for Racial Justice* (Comissão para a Justiça Racial da Igreja Unida de Cristo) produziu o *ToxicWastesandRace in the United States* (Resíduos tóxicos e Raça nos Estados Unidos), primeiro estudo nacional sobre o assunto no qual a raça foi identificada como o fator mais importante na escolha de onde os depósitos de resíduos tóxicos eram instalados; e, em 1992, a EPA publicou o relatório *Environmental Equity: ReducingRisks for AllCommunities* (Equidade ambiental: reduzindo riscos para todas as comunidades), examinando os riscos ambientais para as "comunidades de cor" (BULLARD, 2004, p.45-47).

Em 1991, com a realização, em Washington, da I Conferência Nacional de Lideranças Ambientais de Pessoas de Cor, o movimento pela Justiça Ambiental nasceu de fato, ampliando as discussões para além das preocupações relativas a resíduos perigosos, passando a incluir também aquelas relativas à saúde, ao saneamento, ao uso do solo, à segurança no trabalho, à moradia e, principalmente, à participação da comunidade na elaboração de políticas públicas. Ali estiveram reunidas mais de mil lideranças, representando cerca de quinze países, entre eles Chile, México, Gana, Nigéria e Brasil, os quais, ao final da conferência, em 27 de setembro, apresentaram os dezessete princípios da justiça ambiental que passariam a nortear a sua atuação e a de todos aqueles interessados em compor esse movimento. A Justiça Ambiental tornava-se, assim, um movimento mundial e multifacetado (BULLARD, 2004, p.45).

Henri Acserlrad, Cecília Campello do Amaral Mello e Gustavo das Neves Bezerra sintetizam tais princípios em quatro, quais sejam, "poluição tóxica para ninguém", "por um outro modelo de desenvolvimento", "por uma transição justa" e "por políticas ambientais democraticamente instituídas" (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.26-30).

"Poluição tóxica para ninguém" constitui o principal lema do movimento pela justiça ambiental e diz respeito ao caráter solidário da sua luta, visto pregar a formação de uma rede global de resistência à injustiça ambiental ao invés de ser favorável ao deslocamento espacial e à exportação da poluição, afinal, não há como solucionar as opressões vividas por determinadas comunidades em detrimento de outras, é preciso denunciar os mecanismos e políticas causadores de desigualdades socioambientais. Apesar de a denominação deste princípio remontar às origens do movimento nos Estados Unidos, seu conteúdo é universal e, por esse motivo, pode ser tomado como referência para a atuação de todas as redes e entidades de justiça ambiental no mundo.

"Por um novo modelo de desenvolvimento", corolário do princípio acima disposto, propugna a resistência aos atuais padrões de produção e consumo, propondo a reformulação do modelo de desenvolvimento econômico e social vigente, evitando que populações destituídas de recursos

econômicos e políticos venham a sofrer mais intensamente com os efeitos da degradação ambiental, ou seja, a injustiça ambiental. O ideal seria equacionar uma nova ordem social que reconhecesse o limite do crescimento econômico como condição de sustentabilidade, chegando-se a uma racionalidade produtiva formada a partir da cosmovisão de todos os grupos de cidadãos (LEFF, 2001, p.133). Nesse contexto, a transformação do modelo de desenvolvimento é um processo gradual, que requer uma "transição justa", evitando-se que a luta contra a poluição ocasione o desemprego dos trabalhadores das indústrias poluentes e, ainda, que prejudique as populações dos países menos industrializados, para onde tais indústrias poderiam transferir-se (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.28-29).

O princípio das políticas ambientais democraticamente instituídas firma-se no pressuposto de que a participação política do povo é condição imprescindível para conter o poderio dos agentes econômicos causadores de impactos ambientais (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.31).

No Brasil, a busca por soluções para a dupla violação de direitos humanos (sociais e ambientais) está na pauta de movimentos sociais há muito tempo. Constituem exemplos as lutas travadas por movimentos citados anteriormente quando da abordagem do Socioambientalismo Brasileiro: o movimento dos atingidos por barragens, o movimento dos seringueiros, os movimentos indígenas, entre outros.

Contudo, a noção de justiça ambiental é relativamente nova no país. A divulgação da temática foi iniciada aqui em junho de 1992, quando traduções em inglês e espanhol dos princípios da Justiça Ambiental provenientes da I Conferência Nacional de Lideranças Ambientais de Pessoas de Cor circularam entre os participantes da Conferência da Terra, no Rio de Janeiro. Em junho de 1998, representantes de algumas redes do Movimento pela Justiça Ambiental dos Estados Unidos participaram de um encontro no campus da Praia Vermelha da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), no qual compartilharam suas experiências com pesquisadores brasileiros (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.39).

Depois, em 2000, veio a produção teórica nacional com a coleção "Sindicalismo e Justiça Ambiental" publicada pela Central Única dos Trabalhadores do estado do Rio de Janeiro (CUT/RJ) feita em conjunto com o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), o Instituto de Pesquisas e Planejamento Urbano da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IPPUR- UFRJ) e apoio da Fundação Heinrich Böll.

A consequência de tais acontecimentos foi a instituição da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA) em setembro de 2001, durante o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, em Niterói, Rio de Janeiro.

No manifesto de lançamento da RBJA, a justiça ambiental é definida como o conjunto de práticas e princípios que asseguram a todos os grupos sociais um tratamento ambiental equitativo no tocante à distribuição das consequências ambientais negativas, provenientes de empreendimentos e de ações governamentais, ao acesso aos recursos ambientais e à informação sobre o seu uso, bem como a participação de tais grupos na formulação de políticas públicas que lhes são destinadas (MMA, 2016).

A RBJA, composta por cerca de oitenta e sete entidades constitui articulação bastante ativa, denunciando frequentemente a injustiça ambiental em todo o país, realizando eventos, produzindo conhecimento científico acerca da temática. A possui também um grupo de trabalho específico para tratar de casos de racismo ambiental (HERCULANO; PACHECO, 2001, p.27).

As principais estratégias de atuação do Movimento pela Justiça Ambiental são as seguintes: produção de conhecimento próprio; pressão pela aplicação universal das leis; pressão pelo aperfeiçoamento da legislação de proteção ambiental; pressão por novas racionalidades no exercício do poder estatal; introdução de procedimentos de avaliação de equidade ambiental; ação direta; e difusão espacial (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.31-39).

A produção de conhecimento próprio é um traço presente desde a origem do movimento nos Estados Unidos, quando pesquisas deram início à formação de um suporte teórico para as reivindicações das comunidades atingidas por rejeitos tóxicos. Posteriormente, naquele país, os estudos voltaram-se principalmente para o binômio poluição-raça. No Brasil, o marco teórico foi a já citada coleção "Sindicalismo e Justiça Ambiental", no ano de 2000, ocorrendo a partir de então a proliferação da produção nacional.

O desenvolvimento de conhecimento próprio reveste-se de uma dupla função: tanto contribui para a compreensão do fenômeno da injustiça ambiental quanto auxilia a estruturar os objetivos do Movimento. Ademais, funciona como estratégia de resistência no campo teórico em resposta à utilização do conhecimento científico pelos agentes econômicos – empresas, organizações internacionais e até mesmo o Estado, quando explora diretamente atividade econômica- para comumente justificar o avanço desmedido do mercado sobre o meio ambiente.

A pressão pela aplicação universal das leis e pelo aperfeiçoamento da legislação de proteção ambiental exprime a preocupação do Movimento não com a inexistência, mas com a má operação das normas jurídicas protecionistas do meio ambiente, as quais, muitas vezes, apesar de conter instrumentos avançados não são observadas na prática. De modo contrário, ou seja, quando a legislação é permissiva, há um risco de aumento da degradação ambiental no espaço de incidência de tal legislação, agravando-se quando ocorre o "deslocamento geográfico" ou a "exportação" da injustiça ambiental de onde as leis são mais rigorosas para estes lugares onde são mais brandas.

Sobre a pressão por novas racionalidades no exercício do poder estatal, refere-se ao fomento de uma atuação, por parte das entidades estatais responsáveis pelo meio ambiente, mais sensível à realidade local e menos tecnicista (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.33).

A introdução de procedimentos de avaliação de equidade ambiental contrapõe-se aos tradicionais estudos de impacto ambiental, a exemplo do EIA/RIMA (Estudo de impacto ambiental/Relatório de impacto ambiental) previsto na legislação brasileira, os quais procedem com a separação do meio ambiente de suas dimensões sociopolíticas e culturais, o que acaba gerando a ocultação de injustiças ambientais contidas em determinadas situações. Desse modo, o Movimento busca métodos alternativos de avaliação, como no ano de 2010, no Brasil, com a elaboração do Mapa da Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, documento que considerou a opinião de estudiosos e a visão das populações atingidas sobre os efeitos socioambientais de obras e projetos em suas vidas.

A ação direta é uma forma de ativismo que usa métodos imediatos para produzir mudanças desejáveis ou impedir práticas indesejáveis na sociedade, em oposição a meios indiretos, tais como a eleição de representantes políticos e o recurso ao sistema jurídico. Protestos e greves são exemplos de ação direta.

A difusão espacial é estratégia de internacionalização do Movimento com vista a construir uma rede global de resistência, diretamente ligada ao princípio "poluição para ninguém", evitando, assim, que a injustiça ambiental seja "exportada" para áreas pobres, onde as normas ambientais são brandas justamente para atrair investimentos.

4 RACISMO AMBIENTAL

No contexto da justiça ambiental, importante elucidar também o conceito de racismo ambiental, expressão que designa as injustiças sociais e ambientais geradas por práticas que, embora não tenham uma intenção discriminatória, ocasionam a negação de direitos humanos a grupos sociais vulnerabilizados do ponto de vista sócio - econômico.

Em outras palavras, o racismo ambiental revela-se quando a maior carga dos danos ambientais recai sobre a população de baixa renda, sobre os povos tradicionais, sobre aqueles que vivem em áreas de risco, enfim, quando as desigualdades sociais acarretam desigualdades ambientais.

A expressão foi utilizada pela primeira vez pelo Reverendo Benjamin Chavis para denominar a destinação, intencional ou não, de rejeitos perigosos às comunidades negras, em decorrência do estudo ToxicWastesandRace in the United States (Resíduos tóxicos e Raça nos Estados Unidos), de 1987, no qual a raça foi identificada como o fator mais importante na escolha de locais para a instalação de depósitos de resíduos tóxicos (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p.20).

Atualmente, o termo refere-se não somente à cor da pele, abrangendo também a discriminação sofrida pelos diversos grupos componentes de uma sociedade em virtude de fatores econômicos e culturais.

No Brasil, onde existem inúmeros exemplos de racismo ambiental, pode ser citado um caso recente e que obteve repercussão nacional, qual seja, o acidente ocorrido pelo rompimento de uma barragem da empresa Samarco Mineração na cidade de Mariana, estado de Minas Gerais, em novembro de 2015. A lama de rejeitos de minério atingiu as localidades de Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo, Paracatu de Cima, Campinas, Borba, Pedras e Bicas, deixando famílias desabrigadas e um rastro de devastação ambiental (G1, 2016).

Casos como o de Mariana não são isolados e apenas a partir de um estudo minucioso da realidade brasileira, bem como da conscientização coletiva de que as desigualdades sociais geram desigualdades ambientais, sendo os impactos ambientais negativos destinados precipuamente às parcelas da população mais vulneráveis, será possível pensar estratégias para reverter o quadro atual de racismo ambiental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de desenvolvimento vigente tem se mostrado incompatível com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e também com a qualidade de vida das pessoas, seja pelos efeitos danosos da degradação ambiental, pela obstrução do acesso de parte da população aos recursos ambientais ou pela concentração das riquezas geradas pela exploração do meio ambiente nas mãos de uma minoria privilegiada. Assim, faz-se necessário repensar a relação dos homens entre si e destes com o meio ambiente.

Sob a ótica do Socioambientalismo, a justiça social toma a forma da justiça ambiental, sinalizando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser assegurado a todos, considerando-se, entretanto, que determinada parcela da população poderá vir a sofrer mais intensamente com a ameaça ou a lesão daquele direito em virtude de sua vulnerabilidade econômica e social.

A Justiça Ambiental agrega, assim, ao Socioambientalismo o combate ao racismo ambiental, na tentativa de criar uma nova racionalidade para reger o mundo, contraposta à racionalidade econômica que tantas injustiças ambientais gera. E este é um processo inclusivo, uma vez que a construção de uma racionalidade que se quer mais justa deve considerar as necessidades de todos os grupos sociais.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

_____. Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. *In*: ACSELRAD, Henry; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). Justiça Ambiental e Cidadania. 2 ed. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2004.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. *In*: ACSELRAD, Henry; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). Justiça Ambiental e Cidadania. 2 ed. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FROTA, Henrique Botelho. Acesso a terra e injustiça ambiental em Fortaleza/CE: a constituição de áreas socioambientalmente vulneráveis na bacia do rio Maranguapinho. 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal do Ceará, 2009.

FURRIELA, Rachel Biderman. O movimento ambientalista no Brasil: evolução histórica e o desafio do equilíbrio socioambiental. *In*: RICARDO, Fany (org.). Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

HERCULANO, Selene. Justiça Ambiental: de Love Canal à Cidade dos Meninos, em uma perspectiva comparada. *In*: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). Justiça e Sociedade - Temas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2001, p. 215-238. Disponível em: < http://www.professores.uff.br/seleneherculano/images/JUSTI%C3%87A_AMBIENTAL_de_Love_Canal__v5_%C3%A0_Cidade_dos_Meninos.pdf>. Acesso em: 21 maio.2016.

HERCULANO, Selene; PACHECO, Tânia. Introdução: "Racismo ambiental", o que é isso? In: HERCULANO, Selene; PACHECO, Tânia. (orgs.). Racismo ambiental. I Seminário Brasileiro sobre Racismo Ambiental. Rio de Janeiro: FASE, 2006.

LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia MathildeEndlich Orth. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). Manifesto de lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/destaques/item/8077>. Acesso em: 21 maio 2016.

ROMPIMENTO de barragem da Samarco, em Mariana, completa um mês. G1, Minas Gerais, 08 janeiro 2016. Disponível em: < http://especiais.g1.globo.com/minas-gerais/2015/desastre-ambiental-em-mariana/1-mes-em-numeros/>. Acesso em: 27 maio 2016.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos – Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.
VIOLA, Eduardo J. O ambientalismomultissetorial no Brasil para além da Rio-92: o desafio de uma estratégia globalista viável. *In*: VIOLA, Eduardo J. et al. Meio Ambiente, Desenvolvimento e Cidadania: desafios para as Ciências Sociais. 2 ed. São Paulo: Cortez/Editora da UFSC, 1998.

_____. O movimento ambientalista no Brasil (1971-1991): da denúncia e conscientização pública para a institucionalização e o desenvolvimento sustentável. *In*: GOLDENBERG, Mirian (org.). Ecologia, ciência e política. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIREITOS HUMANOS E DIÁSPORA: REFUGIADOS SÍRIOS NO BRASIL

Dr. Jackson Bentes[2]
Dr. JeancezarDitzz de Souza Ribeiro[3]

RESUMO: O trabalho objetiva apreender os Direitos Humanos, a partir de uma perspectiva crítica e, mais especificamente, como o Direito Humanitário, atua no processo de acolhimento da população síria, haja vista se verificar que os movimentos de diáspora estabelecem migrações das mais inusitadas, o que redunda em solicitações de refúgios nos mais diversos lugares. A metodologia usada para compor a tese está alicerçada na análise qualitativa dos solicitantes de refúgios, bem como nos relatos orais da população síria no Brasil. Observa-se que o processo diaspórico nos dias de hoje vem desterritorializando física e subjetivamente um grande número de pessoas que na busca por asilo necessitamressignificar suas identidades. Assim, na procura pelo entendimento das especificadades inerentes às diferentes formas de preconceitos que se reproduzem neste cotidiano, está implicada acompreensão do compromisso assumido pelo Brasil na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, dentre outros documentos, referentes às populações refugiadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Refugiados Sírios. Diáspora.

1 INTRODUÇÃO

A temática crescente sobre a importância da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis está diretamente relacionada ao mundo multicultural, cada vez mais diversificado, em que se verifica uma preocupação com os valores democráticos por um lado e, por outro, a necessidade da proteção das identidades cada vez mais plurais, com dinâmicas complexas (TAYLOR, 1994), como é o caso dos refugiados sírios.

Um dos primeiros desafios para se compreender o estudo para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis é entender o que significam tais conceitos (JUBILUT, 2010). Trata-se de um exercício com implicância social, política, filosófica e jurídica, uma vez que todas essas dimensões podem colaborar para a construção de um conceito de minoria e de grupo vulnerável, conceitos construídos social e historicamente.

A ascensão do indivíduo como sujeito pleno do Direito Internacional contemporâneo tem impacto relevante no entendimento sobre a proteção dos grupos vulneráveis e minoritários, como os refugiados, com base no princípio da igualdade jurídica. Para Casella (2008) é o indivíduo como sujeito do Direito Internacional "a mais considerável transformação em relação ao conceito clássico e estático das relações estritamente interestatais". (CASELLA, 2008, p. 1352).

Segundo Ferrajoli (2002), no novo ordenamento social, são de fato sujeitos de Direito Internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os "povos": os primeiros como titulares, como confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; "os segundos, enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1º dos Pactos". No plano teórico, o recurso de um cidadão contra o próprio Estado, perante jurisdição internacional, teria sido impensável antes da Carta da ONU, segundo o mesmo autor (2002, p. 45).

2 jackson.bentes@lasalle.org.br
3 jeanditzz@hotmail.com

2 A AÇÃO AFIRMATIVA PARA UM SUJEITO DE DIREITO

Inicialmente,partindo da ideia de ação afirmativa no direito interno, o novo entendimento sobre o princípio da igualdade no Direito Internacional, também deve ser expressado por um "conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação diversa", bem como, para corrigir os efeitos presentes das discriminações praticadas no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais (WALZER, 2003).

Anterior à criação da Organização das Nações Unidas, o Instituto de Direito Internacional, em sessão de 12 de outubro de 1929, adotou a Declaração Internacional dos Direitos do Homem que apresentava a igualdade como direito fundamental do ser humano.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948[4], no mesmo sentido, prevê, nas primeiras linhas do Preâmbulo, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. No artigo II está posto que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra distinção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera "que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"[5]. Logo, sabemos que

> os direitos humanos são os direitos essenciais a todos os seres humanos, sem que haja discriminação por raça, cor, gênero, idioma, nacionalidade ou por qualquer outro motivo (como religião e opinião política). Eles podem ser civis ou políticos, como o direito à vida, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão. Podem também ser econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação e coletivos, como o direito ao desenvolvimento. A garantia dos direitos humanos universais é feita por lei, na forma de tratados e de leis internacionais, por exemplo.[6]

A partir daí, nota-se que o indivíduo é consagrado à categoria de sujeito de Direito Internacional Público, com fundamento na Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945: os pactos de direitos civis e políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as convenções estabelecidas para garantir a proteção de direitos específicos, bem como dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nesse ensejo, foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional para eleger os direitos essenciais à preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo (ALMEIDA, 2007).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos está dividido em dois grandes níveis: o global, cuja competência está a cargo da Organização das Nações Unidas e os chamados sistema regionais, que se compreendem a partir do componente geográfico-espacial. (PIOVESAN, 2011, p. 305).

---

4 Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. O Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 1.1, amplia o sentido das vedações às distinções. "Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

5 Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf- acesso em 16/08/2015

6 http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social acesso em 16/08/2015

A proteção de direitos humanos, nas Américas, por sua vez, é formada essencialmente por quatro importantes diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos sociais e econômicos (RAMOS, 2012, p. 185). Um dos órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma instituição judicial autônoma e especializada, não sendo um órgão da OEA, mas, da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a previsão do artigo 33 da Convenção. A Corte tem a função de aplicação, de observação dos julgamentos e da condenação dos Estados-membros violadores das regras que compõem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A Corte tem jurisdição internacional sobre os Estados membros do Pacto de São José da Costa Rica, como o Brasil (MENEZES, 2013, p. 190).

Cançado Trindade (2013) afirma que, em meados do século XX, reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, que deu eloquente testemunho à adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Enquanto denominador comum do *direito universal da humanidade,*este tem sido a atenção especial às condições de vida da população, em especial, os grupos vulneráveis necessitados. O que resulta no reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento das normas de proteção dos direitos humanos.

3 A RECONSTRUÇÃO DO HUMANO

A reconstrução humanista do Direito Internacional em busca de um novo *jus gentium* constituiu um imperativo de obrigatoriedade, no qual os Estados devem aceitar o refugiado. A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando como fundamento conceitual cânones inteiramente distintos do ordenamento meramente interestatal, tais quais são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização e do caráter objetivo das obrigações de proteção (TRINDADE, 2002, p. 1076).

Com efeito, continua o Juiz da Corte Internacional de Justiça, os grandes desafios de nosso tempo – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica e das discriminações, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles, e ainda,a busca do desenvolvimento humano – têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo, tendendo a fazer a abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas, deslocando, muitas vezes,ênfase na noção de solidariedade (TRINDADE, 2013, p. 6).

Com relação aos sírios, os noticiários destacam o número de refugiados que chegam ao país, oriundos dos mais diferentes lugares, o Rio de Janeiro é uma das portas de entrada importante, notadamente, para estes. São muitos os que chegam conforme informações obtidas junto a ONG *Cáritas* Arquidiocesana.

A mídia destaca o grande número de imigrantes ilegais que saem de seus países de origem em busca de uma vida melhor. Destaca-se, hoje, o grande número de sírios que tentam deixar seu país, conforme dados da Acnur (Agência da ONU para refugiados)[7], entre tantos outros imigrantes (gráfico1)[8].

---

7 http://www.acnur.org/t3/portugues/ acesso em 16/08/2015

8 Os pedidos de refúgio vem da África, Ásia (principalmente Oriente Médio) e do Caribe.http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/

Fonte: Comitê Nacional para os Refugiados

Diante das notícias/fatos vale a reflexão sobre a questão do refúgio/da diáspora como destaca Hall (2009), pois este autor aponta que

> As identidades, concebidas como estabelecidas e estáveis, estão naufragando nos rochedos de uma diferenciação que prolifera. Por todo globo, os processos das chamadas migrações livres e forçadas estão mudando de composição, diversificando as culturas e pluralizando as identidades culturais dos antigos Estados-nação dominantes, das antigas potências imperiais e, de fato, do próprio globo. Os fluxos não regulados de povos e culturas são tão amplos e tão irrefreáveis quanto aos fluxos patrocinados do capital e da tecnologia (HALL, 2009, p. 43).

Ainda Hall (2009) ao se referir a nova fase "transacional" do sistema, como mostram as notícias/fatos, observa que o sistema possui um "centro" cultural em todo lugar e em lugar nenhum, ou seja, estes movimentos estão se tornando descentrado.

Sendo o Brasil signatário dos principais tratados de Direitos Humanos e tendoratificado a Convenção das Nações Unidas de 1954, sobre o Estatuto dos Apátridas e, em outubro de 2007, iniciado seu processo de adesão à Convenção da ONU de 1961 para Redução dos Casos de Apatridia e, além disso, ter criado o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE – figura 2)[9], que é um órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça, acabou por garantir aos refugiados não somente documentos básicos, como, também, liberdade de movimento no território nacional e outros direitos civis, facilitando aqueles que procuram o país em busca de condições de vida[10].

9 Refugiados por país.http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/

10 Disponível em http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/ acesso em 05/06/2015.

Fonte: Comitê Nacional para os Refugiados

Não sem razão, observarmos que a contemporaneidade se apresenta de forma complexa ensejando uma nova paisagem no plano político, econômico, social e cultural, rompendo muitos paradigmas até então soberanos, ultrapassando fronteiras, estabelecendo novas formas de estar e ser no mundo; alguns falam que estamos vivendo o que dizem ser a pós-modernidade ou modernidade tardia e, segundo Hall (1998),

> Esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizando-o como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma celebração móvel: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. (HALL, 1998, p. 13).

Além disso, cabe refletir, também, sobre o que fala Bauman (2001) quando discute a vida "líquida-moderna", pois para ele no estágio em que a sociedade se encontra "a individualização é uma fatalidade, não uma escolha". (BAUMAN, 2001, p. 43).

Neste sentido, percebe-se, ainda, que, de forma obtusa, novos padrões de convivência estão sendo estabelecidos. Assim, vemos que os níveis de intolerância das mais variadas formas crescem absurdamente sem, explicação especifica, que sustente as "atrocidades" cometidas seja a partir de manifestações xenofóbicas, homofóbicas, racistas, religiosas, entre outras, tanto em nosso país, quanto alhures, haja vista as guerras que se perenizam em nome de uma determinada "ideologia".

> Em toda parte, estão emergindo identidades culturais que não são fixas, mas que estão suspensas, em *transição*, entre diferentes posições; que retiram seus recursos, ao mesmo tempo, de diferentes tradições culturais; e que são o produto desses complicados cruzamentos e misturas culturais que são cada vez mais comuns num mundo globalizado. Pode ser tentador pensar na identidade, na era da globalização, como estando destinada a acabar num lugar ou noutro: ou retornando a suas "raízes" ou desaparecendo através da assimilação e da homogeneização. (HALL, 1998, p.88 – grifos do autor)

Este texto preocupa-se, notadamente, com refugiados oriundos da Síria que estão chegando ao Brasil ora acompanhados de seus familiares, ora sozinhos fugindo não somente do conflito existente no lugar de origem, mas, também, fugindo das atrocidades inerentes à guerra; vale ressaltar que destacam-se as mulheres sírias, refugiadas, na medida em que entende-se serem as mesmas, vítimas mais intensas dos múltiplos preconceitos – intolerância, inclusive a misoginia.

Logo, se faz mister entender as especificidades inerentes às diferentes formas de preconceitos que se reproduzem neste mesmo cotidiano, mais especificamente no cotidiano destas mulheres, vítimas da diáspora imposta, da xenofobia, dentre outras formas de exclusão e preconceito que se avizinham aos mais variados constrangimentos sofridos, especialmente, pelo movimento diaspórico, entendendo, como aponta Hall (2009) que "na situação de diáspora, as identidades se tornam múltiplas" (HALL, 2009, p. 26). Além de, compreender de forma mais intensa, o compromisso posto na Declaração dos Direitos Humanos, sobretudo, porque o Brasil é um dos seus signatários e, portanto, há de fazer jus a este compromisso assinado e ratificado.

O presente trabalho, portanto, é resultado de reflexões sobre o processo diaspórico existente, nos dias de hoje, na Síria, que vem desterritorializando física e subjetivamente um grande número de pessoas que, na busca pelo refúgio/asilo[11], necessitam ressignificar suas identidades. O estudo em pauta procura entender de que forma os Direitos Humanos e, mais especificamente, o Direito Humanitário atuam no processo de acolhimento desta população, haja vista,que verificar-se o quão os movimentos diaspóricos, estabelecem migrações/imigrações/emigrações das mais inusitadas, redundando em pedidos de refúgio por toda parte. Tais pedidos engrossam os mais diferentes preconceitos, bem como fraturam aquilo que conhecemos (ou pensamos conhecer) por cidadania em função das desigualdades impostas pela nova ordem que se consubstancia, notadamente, no mercado/capital/globalização, ensejando conflitos dos mais diferentes.

Cientes de que, este trabalho propõe o entendendo conceitual do "refúgio" e não de simples migrações, vale lembrar o que diz o Artigo 14, da Declaração dos Direitos Humanos, quando indica que "toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países"[12]. Por isso, usa-se o termo asilo como sinônimo de refúgio.

Neste sentido, percebe-se o planeta em convulsão na medida em que deslocamentos dos mais variados, em especial, aqueles oriundos dos conflitos armados, estão acontecendo, sem, muitas vezes, considerar a implicância dos Direitos Humanos, quiçá do Direito Humanitário. Não sem razão, põe-seem debate questões emergentes no que se refere à proteção internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, em especial, a questão dos refugiados sírios que estão chegando ao Brasil.

No ano de 2011, o povo sírio tomou as ruas para protestar pacificamente contra o presidente Bashar Al-Assad, como parte do movimento conhecido como Primavera Árabe (ONU, 2014). Por décadas as pessoas do mundo árabe viram ditaduras serem derrubadas e democracias emergirem a nível global e, hoje, segundo o secretário geral da ONU, Ban Ki-moon, os povos do mundo árabe pedem por dignidade, liberdade e direitos humanos, mas têm recebido como resposta uma força brutal que levou à guerra civil desde o início dos movimentos. (ONU, 2012).

A crise humanitária na Síria já deixou cerca de 200 mil mortos do início de 2011 ao final de 2014, e um movimento de, aproximadamente, quatro milhões de refugiados sírios nos países vizinhos (SOHR, 2015). No total, mais de 12 milhões de pessoas precisam de ajuda humanitária e mais de 11 milhões foram obrigadas a fugir de suas casas por causa da violência. (ONU, 2015a).

Relatório do ACNUR divulgado em junho de 2015 revela a existência de, cerca de, 60 milhões de deslocados no mundo por causa de guerras e conflitos. A nova edição do *Global Trends* evidencia um claro crescimento no número de pessoas forçadas a deixar suas casas. Ao final de 2014, este número atingiu o nível recorde de 59,5 milhões de pessoas, comparado com os 51,2 milhões registrados no final de 2013 e os 37,5 milhões verificados há uma década. (ONU, 2015b).

11Para Fernandes, 1983 (FERNANDES, 1983 *apud* JUBILUT, 2007) O "asilo é uma resultante da liberdade do homem e da necessidade de protegê-lo contra o arbítrio e a violência: nasce da revolta, da vingança ou do crime; é o companheiro da infelicidade, da expiação e da piedade, coevo do primeiro agregado humano"

12Ver em http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html

Esta tendência de crescimento tem sido principalmente verificada desde 2011, quando se iniciou a guerra na República Árabe da Síria – e que se transformou no maior evento individual causador de deslocamento no mundo (Idem, 2015b). No final de 2014, a Síria tornou-se o principal país de origem dos refugiados do mundo e a maior nação deslocada pela esfera global, com aproximadamente 4 milhões de refugiados em 107 diferentes países e estimados 7,6 milhões de deslocados internos. Hoje, em média, a cada quatro refugiados, um é sírio, com 95% deles localizados em países vizinhos. O *GlobalTrends 2014*, divulgado pelo ACNUR no ano de 2015, ilustra a situação da República Árabe da Síria como maior país de origem dos refugiados do mundo.

Notadamente, evidenciado por Betts e Loescher (2010), os refugiados encontram-se em uma situação na qual seus próprios governos não mostram esforços ou, não são capazes de assegurar sua proteção física e aos direitos humanos.Estes e outros motivos, forçam a estes povos a buscarem abrigo na comunidade internacional. Em razão dessa falta de comprometimento do próprio ator que deveria promover a proteção,o Brasil, nos últimos quatro anos, tornou-se o principal destino de refugiados sírios, na América Latina.

Como supracitado no tópico anterior, segundo estatísticas do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), o país abriga hoje cerca de 1.600 cidadãos sírios reconhecidos como refugiados (ACNUR Brasil, 2015) e, atualmente, a nacionalidade síria é a maior entre os, aproximadamente, 7.600 refugiados que vivem no país, abrangendo mais de 80 nacionalidades diferentes.

O Brasil é signatário dos principais tratados internacionais sobre refugiados e possui um regimento interno coerente com os acordos internacionais, a Lei 9474/1997, que define mecanismos para a implementação do estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências, o que é um grande atrativo para a vinda de refugiados do mundo inteiro.

Entretanto, pode-se afirmar que a chegada dos refugiados sírios no Brasil deve-se, em grande parte, também, à Resolução Normativa N° 17 do CONARE, que dispõe sobre a concessão de visto apropriado, a indivíduos forçosamente deslocados por conta do conflito armado na República Árabe Síria.

Com a publicação desta resolução, poderá ser concedido, portanto, por razões humanitárias, o visto apropriado aos indivíduos afetados pelo conflito armado na República Árabe Síria que manifestem vontade de buscar refúgio no Brasil (ACNUR, s.d.).

4 À GUISA DE CONCLUSÃO

Mormente, sendo o Brasil um país que comprova sua inserção na questão desta problemática do refúgio, o que é mais perceptível ainda, pela sua adesão aos principais instrumentos de proteção às pessoas refugiadas, no entanto, na prática, em se tratando da recepção e integração específica de refugiados da nacionalidade síria no país, é preciso que haja uma análise e elaboração de políticas públicas de maneira cautelosa.

Neste contexto um conflito subjaz, pois, diferente dos refugiados de outras nacionalidades,a vigilância aos sírios merece um olhar distinto, sendo estes, hoje, a maior nacionalidade refugiada no mundo e, adeptos de uma religião que é motivo de diversos conflitos, precisando adaptar-se à uma nova vida, em um país, notadamente, diferente e com culturas e costumes que, na maioria das vezes, podem provocar acometimentos à sua crença.

Portanto, se faz necessário entender como é realizada a integração dos refugiados sírios na sociedade civil brasileira, bem como, o papel do Alto Comissariado conexo aos mecanismos e instituições internas e a sociedade civil, que inclui tanto as *Cáritas* Arquidiocesanas, do Rio de Janeiro e São Paulo, como a população civil em geral. O que se faz mister é identificar o papel dos vários

setores para proteção e seguridade dos direitos humanos e integração desses novos concidadãos na sociedade civil brasileira.

Destaca-se, ainda, a necessidade de se entender o que exige o Direito Humanitário na medida em que este é Direito de Guerra , isto é, o

> Direito Internacional Humanitário é um conjunto de normas que procura limitar os efeitos de conflitos armados. Protege as pessoas que não participam ou deixaram de participar nas hostilidades e restringe os meios e métodos de combate. O Direito Internacional Humanitário (DIH) é também designado por "Direito de Guerra" e por "Direito dos Conflitos Armados"[13]

Assim, um dos fundamentos do indivíduo como titular de personalidade jurídica no âmbito internacional é o acesso aos tribunais regionais de direitos humanos, uma possibilidade que está à disposição da pessoa humana. A personalidade internacional do ser humano deve ser admitida como uma realidade, buscando adequar os mecanismos que conduzam a sociedade internacional a uma desejável harmonia e espírito solidário.

Como conclusão, observa-se que o direito à igualdade no tratamento gera o dever de proteção do Estado de "promover a igualdade", para que as desigualdades de fato entre os indivíduos sejam superadas por meio da igualdade social, representada pela busca da igualdade material, com distribuição adequada dos bens em toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis de. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coord.). Direito Internacional dos Direitos Humanos*:* instrumentos básicos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ARENDT, Hannah. Nós, os Refugiados. Tradução de Ricardo Santos. Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BETTS, Alexander e LOESCHER, Gil. Refugees in International Relations. Oxford University Press, Oxford, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco.Dicionário de política. vol. 1. 12ª edição. Brasília, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard, SANTIAGO Jaime Ruiz de. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos refugiados. Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), 2004. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>. Acesso em 20 mai.2015.

CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

13Disponível em: https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf7.htm Acesso em 20 de maio de 2015.

HADDAD, Emma. The refugee in international society: between sovereigns. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

HALL, Stuart. Da diáspora: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.

HAYDU, Marcelo. A integração de refugiados no Brasil. In: 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme de Assis. São Paulo, 2011.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos: uma história. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. Direito das minorias. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo: Método, 2007. 240p.

JUDT, Tony. O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILESI, Rosita; CARLET, Flavia. Refugiados e políticas públicas: pela solidariedade, contra a exploração. Instituto Migrações e Direitos Humanos. Brasília. 2012.

NOUR, Soraya. Os cosmopolitas. Kant e os "Temas Kantianos" em Relações Internacionais. Revista Contexto Internacional. Rio de Janeiro. vol. 25. n. 1. jan/jun 2003. p. 7-46.

ONU BRASIL. Conflito sírio entra no quarto ano e secretário-geral da ONU pede união e empenho pela paz. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conflito-sirio-entra-no-quarto-ano-e-secretario-geral-da-onu-pede-uniao-e-empenho-pela-paz/>. Acesso em 22 jun.2015.

_____. Secretário-Geral da ONU pede que líderes da Liga Árabe 'escutem as pessoas'. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/secretario-geral-da-onu-pede-que-lideres-da-liga-arabe-escutem-as-pessoas/>. Acesso em 22 jun.2015.

_____. Relatório do ACNUR revela 60 milhões de deslocados no mundo por causa de guerras e conflitos. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/relatorio-do-acnur-revela-60-milhoes-de-deslocados-no-mundo-por-causa-de-guerras-e-conflitos/>. Acesso em 22 jun.2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Migrantes sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: Seminário Internacional "Fronteiras em movimento: deslocamentos e outras dimensões do vivido". Diversitas, 2012. p. 138-146.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS et al. 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo, 2011. p. 25.

SYRIAN OBSERVATORY FOR HUMAN RIGHTS. Disponível em: <http://syriahr.com/en/2015/04/310000-people-killed-since-the-beginning-of-the-syrian-revolution/>. Acesso em 03 mai.2015.

TAYLOR, C. *Multiculturalism:* examining the politics of recognition. Princeton : Princeton University Press, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. In. MENEZES, Wagner (coordenador). Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.v. 1 – Agosto/Dezembro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI (2001). In. O direito internacional em um mundo em transformação *(*Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

UNHCR. Global Trends 2014. Disponível em: <http://www.unhcr.org/556725e69.html>. Acesso em: 22 jun.2015.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça:uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões e Revisão técnica e da tradução de Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CAPITAL SOCIAL DOS GESTORES DE UMA REDE DE VOLUNTARIADO

Marciano Bruch[1]
Derli Luís Angnes[2]

RESUMO: Atualmente existem milhões de organizações não governamentais que realizam trabalhos sociais em todo o mundo e, estima-se, que envolvam 140 milhões de pessoas. Somente no Brasil, há mais de 350.000 organizações desse tipo, atuando em setores como educação, saúde, cultura e recreação, assistência social, religião entre outros. Nesse sentido, o presente estudo tem como principal objetivo mensurar o capital social dos gestores das unidades de uma organização de voluntariado. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa descritiva, com caráter quantitativo, realizando uma *survey*com 30 gestores de unidades da Parceiros Voluntários no estado do Rio Grande do Sul. Na análise dos dados, foram utilizadas técnicas estatísticas, como análise descritiva e análise fatorial. Os resultados apontam que os gestores das unidades possuem um alto capital social, principalmente nas Dimensões de confiança e de relacionamento. O estudo contribui sobre como as organizações não governamentais podem aperfeiçoar suas operações e alcançar melhores resultados.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Não Governamentais. Capital Social. Gestores.

1 INTRODUÇÃO

Apesar do avanço tecnológico e econômico do mundo no último século, ainda existem muitas pessoas que necessitam de ajuda para a resolução dos seus problemas, especialmente nos países em desenvolvimento, mas também em países considerados de primeiro mundo. Atualmente existem milhões de organizações sem fins lucrativos e de voluntariado que realizam trabalhos sociais em todo mundo, estima-se que envolvam 140 milhões de pessoas. Somente no Brasil há mais de 350.000 organizações desse tipo, atuando em setores como educação, saúde, cultura e recreação, assistência social, religião entre outros.

As Organizações Não Governamentais (ONGs) caracterizam-se por serem organizações sem fins lucrativos, autônomas, isto é, sem vínculo com o governo, voltadas para o atendimento das necessidades de organização de base popular, complementando a ação do Estado. Mesmo se caracterizando como organizações sem fins lucrativos, elas necessitam de mão de obra para darem andamento ao seu trabalho, procurando desenvolver, nessas pessoas, interesse pelo trabalho voluntário (TENÓRIO, 2003). Também se sabe que as instituições sem fins lucrativos fazem muito mais do que apenas cuidar de necessidades específicas. A principal matéria-prima para se alcançar resultados é o fator humano, pois se não existirem esses voluntários, não há como desenvolver os projetos sociais.

O fator analisado neste presente estudo trata do capital social dos gestores das ONGs. Entende-se que, além de utilizar técnicas de gestão para alcançar os objetivos, os gestores precisam ser capazes de usar sua rede de contatos e sua influência na comunidade para atrair possíveis financiadores, tanto para a ONG como para seus projetos especificamente. Além de atrair os financiadores, os gestores terão a missão de atrair voluntários para que os mesmos coloquem os respectivos projetos da ONG em prática. Essa discussão leva a um elemento abordado neste estudo: a importância do capital social dos gestores de organizações não governamentais.

1 Mestre em Administração marciano.bruch@gmail.com
2 Mestre em Administração derli.angnes@gmail.com

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de mensurar o capital social dos Gestores de uma ONG. O objeto de análise é a organização Parceiros Voluntários que se define como uma organização não governamental, sem fins lucrativos e apartidária, que foi criada em 13 janeiro de 1997, por iniciativa do empresariado e com a missão de mobilizar, articular, formar pessoas e instituições, estimulando redes e parcerias para o atendimento das demandas sociais. Atualmente a Parceiros Voluntários conta com 51 unidades espalhadas por diferentes regiões do Estado do Rio Grande do Sul, mobilizando em média mais de um milhão de pessoas ao ano (PARCEIROS VOLUNTÁRIOS, 2011).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Capital social

O termo capital social está sendo utilizado cada vez mais, com o objetivo de explicar os desenvolvimentos sociais e econômicos e a cooperação entre indivíduos. Segundo Borges (2009), o termo capital social é definido e analisado de diferentes maneiras, sendo que em algumas circunstâncias ele consiste em redes de relações de um indivíduo, e em outras situações ele significa a taxa ou o grau de confiança entre membros de uma organização ou em relação à comunidade na qual estão inseridos.

Dreyer e Johannpeter (2008), tratam a questão do capital social como uma terminologia nova para um conceito antigo, que é de participação cívica, de cidadania, de colaboração, de cooperação, de confiança. O capital social é composto por elementos que são necessários para facilitar e procurar torná-lo mais tangível. Portanto, para fomentar esse capital social requer-se um conjunto de ações como a confiança, a solidariedade, a cooperação, a identificação social, tanto de um indivíduo, como também entre organizações.

Lin (2001) indica que é possível ver duas perspectivas principais nos estudos sobre capital: o capital social individual e o capital social coletivo. O autor afirma também que estas duas perspectivas têm como base verificar qual o nível de análise que será favorecido pelos resultados do capital social. Para Wegner (2005), a primeira linha de pensamento sobre o assunto, que é associada aos sociólogos Burt, Lin e Portes, refere-se ao capital social como recursos (informações, ideias e apoio) que os indivíduos adquirem em virtude de outras pessoas, ou seja, procuram tratar o capital social como um "recurso de agentes" derivados de estruturas sociais específicas.

Wegner (2005) afirma que uma segunda abordagem refere-se ao capital social como a natureza e a extensão do envolvimento de um indivíduo em várias redes informais e organizações formais. Conforme Borges (2009), ainda que os resultados de um indivíduo possam favorecer o grupo ou comunidade e vice-versa e que o capital social coletivo possa influenciar o capital social individual, as duas perspectivas necessitam de análises diferentes.

No capital social como um bem individual, Borges (2009) afirma que mesmo se o capital social não seja algo que pertença exclusivamente a uma pessoa, ele é chamado de capital social individual, pois acaba dependendo da relação com o outro, além de que os estudos que tratam dessa perspectiva acabam se interessando nessas relações dos indivíduos como atores e nos recursos sociais que nelas são encontrados. Como exemplo de estudos na perspectiva do capital social como um bem individual, pode-se citar os trabalhos de Granovetter (1973), que falam sobre a importância dos contatos da rede de relações de um indivíduo na sua busca de empregos.

Já na análise do capital social como um bem público, Borges (2009) cita autores como Bourdieu (1986), Coleman (1990), Fukuyama (1996) e Putnam (2000) que focaram as relações internas de um grupo (organização, região, nação, classe social). Eles analisaram como as normas e as crenças de um grupo podem ou não facilitar as relações sociais.

Embora o termo capital social seja abordado desde o início do século XIX, segundo Genari (2010), ele recebeu destaque a partir de 1990, quando o Banco Mundial passou a estudar o tema e vinculá-lo às questões relacionadas à pobreza, além de utilizar este conceito na avaliação de projetos de desenvolvimento submetidos à instituição. O Banco Mundial, por exemplo, tem como objeto de estudo as fontes de capital social (família, sociedade civil, comunidades, etnia, setor público e gênero) e as relações possíveis entre capital social e várias questões, como crime e violência, economia, comércio, migração e educação. Utiliza avaliações quantitativas para compreender o papel do capital social no desenvolvimento econômico e social.

Para Bourdieu (1986), o capital social pode ser compreendido como uma agregação de recursos que são ligados a uma associação ou grupo e que permite a cada um dos seus membros o benefício do capital de propriedade coletiva. Na visão do autor, o capital social não é um ganho natural, mas algo que deve ser trabalhado em uma base constante. Ele é o produto de estratégias de investimento, individuais ou coletivas, conscientes ou inconscientes com o intuito de estabelecer ou reproduzir relações sociais que são diretamente utilizáveis no curto ou longo prazo.

O aumento da notoriedade e uso do tema capital social aconteceu na década de 1990, e pode se atribuir esse aumento a Robert Putnam. Através da sua obra "Comunidade e Democracia a experiência da Itália moderna", o autor questiona as variações do desempenho entre governos democráticos e descreve as diferenças relacionadas ao desenvolvimento entre as regiões norte e sul da Itália, concluindo que estas se devem à maior presença de capital social na região norte daquele país. Com isso, o seu conceito de capital social se tornou um dos mais conhecidos. Esse conceito descreve que "o capital social diz respeito a características de organização social como confiança, normas e sistemas, que contribuem para aumentar a eficiência da sociedade facilitando ações coordenadas" (PUTNAM, 2002, p. 177).

Para Cabreira (2002), o aumento de capital social, incluindo o incremento do empreendedorismo social, significa o aumento de empoderamento das populações, isto é, da sua possibilidade e capacidade de influir nas decisões públicas. Segundo Pereira (2004), o capital social não pode ser configurado como objeto de domínio de uma área particular. De modo geral, o conceito converge entre os autores em alguns pontos, como a existência de uma rede de relações sociais ligadas a um objetivo comum, o recurso dos indivíduos para alcançarem seus interesses através do coletivo, da confiança e da cooperação entre os mesmos dentro de uma rede.

De acordo com esses autores, assim como o capital físico, financeiro e humano, o capital social também pode produzir riqueza para a organização, permitindo a realização de atividades que, na sua ausência, não seriam possíveis ou seriam realizadas a custos mais elevados.

Nahapiet e Ghoshal (1998), destacam que o capital social possui atributos e que essas características podem ser subdivididas em três dimensões distintas, que, embora sejam abordadas analiticamente de forma separada, possuem grande conexão: Dimensão estrutural, Dimensão relacional e Dimensão cognitiva.

A Dimensão estrutural refere-se ao padrão de conexão entre os atores e inclui conexões e configurações da rede que descreve o padrão de ligações em termos de mensuração, como: densidade, conectividade, hierarquia e adequação organizacional. A Dimensão relacional se refere aos ativos que são criados e alavancados por meio de relacionamento e inclui atributos como identificação, confiança, normas, sanções, obrigações e expectativas. Já a Dimensão cognitiva caracteriza-se por visões compartilhadas, interpretações e sistemas de significados, como a linguagem, código e narrativas.

Em relação à Dimensão relacional do capital social, Nahapiet e Ghoshal (1998) classificam em quatro fases a Dimensão relacional do capital social: a confiança, as normas, as obrigações e expectativas, e a identificação. Os autores afirmam que a Dimensão relacional focaliza o papel dos laços diretos entre atores com relação aos conteúdos e suas diversidades. Para Nahapiet e Ghoshal

(1998), a confiança é a crença de que o resultado das ações de um indivíduo será adequado do ponto de vista de outro indivíduo. Já as normas para Nahapiet e Ghoshal (1998), representam um grau de consenso no sistema social. Além disso, essas normas são definidas pelas pessoas, passando a ser referencial para aquilo que é certo ou errado.

A Dimensão cognitiva reporta-se aos recursos que são providos por representações, interpretações e sistema de significados. Os autores Nahapiet e Ghoshal (1998), afirmam ainda que a Dimensão cognitiva representa recursos estabelecidos, compartilhamento de significados entre membros da rede.

2.2 Mensuração do Capital Social

Uma das grandes dificuldades encontradas pelos autores em relação ao capital social é referente à sua mensuração, ou seja, avaliar o nível de capital social de uma pessoa, ou de um grupo ou comunidade. Para isso, exige-se que estes fatores estejam bem definidos. Para Jacobi et al. (2006), os esforços de mensuração vêm evoluindo e ganhando cada vez mais consistência metodológica. Os autores afirmam que toda essa discussão avança à medida que se passa do campo de exemplificações do capital social para o da construção de concepções teóricas mais detalhadas. Segundo Monastério (2002), o problema da mensuração do capital social é um tema com o qual os pesquisadores da área se debatem. Além das questões teóricas envolvidas, existem persistentes dificuldades na disponibilidade de informações.

Para Gaag e Snijders (2003) citado por Genari (2010), a mensuração do capital social é discutida como um ponto crítico por vários especialistas da área. Segundo os autores, nas duas últimas décadas, diferentes instrumentos e indicadores foram utilizados para a mensuração do capital social, porém, muitos destes não foram desenvolvidos especificamente para a investigação deste tipo de capital.

Schmidt (2004) identifica na literatura diversas modalidades e diferentes metodologias relacionadas à mensuração do capital social, que incluem desde relações informais e organizações formais, como averiguar o nível de confiança interpessoal (social) e as atitudes favoráveis à cooperação com os outros e a intensidade de relações familiares e de vizinhança e a participação comunitária e religiosa. Para Pereira (2004), os instrumentos de mensuração do capital social devem ser específicos e adequados a cada realidade.

Lin (2001), na sua tentativa de conceber uma teoria de capital social, distingue dois elementos conceituais principais para aferição e mensuração de capital social como um ativo nas redes, recurso enraizado e localização na rede. O primeiro volta-se para a qualidade e o valor dos recursos, tais como: riqueza, poder, *status* e outros, acessados por indivíduos nas suas redes e vínculos. Os indicadores aí associados dizem respeito à amplitude, qualidade variedade e composição dos recursos. O segundo, por sua vez, volta-se para a identificação de pontes ou acesso a pontes que geram benefícios e retornos, como proposto por Granovetter (1973), com seu conceito de vínculos fracos, explorado por Burt (1992), com os "vazios estruturais".

Grootaertet al. (2003) apresentam um instrumento denominado questionário integrado para medir o capital social (QI-MCS), cujo objetivo é fornecer uma base para a medição das diferentes dimensões do capital social, descritas pelo Banco Mundial. Os autores afirmam ainda que esta ferramenta tem como foco a sua aplicação em países em desenvolvimento e que os resultados obtidos, através da sua utilização, produzem o conhecimento das dimensões sociais relacionadas ao desenvolvimento econômico.

Outro modelo para medir o capital social é proposto pelo Banco Mundial, que divide o questionário em categorias e variáveis. As Dimensões estruturais e cognitivas do capital social: (a) Grupos e redes: Grau de participação em grupos, organizações, redes ou associações, além do nível de

confiança e cooperação nas relações sociais com vizinhos e amigos; (b) Confiança e solidariedade: Grau de confiança e solidariedade entre os membros da comunidade. Já os principais meios de operacionalização do capital social, são: (a) A ação coletiva e cooperação: Grau de participação das pessoas em ações coletivas em sua comunidade; (b) Informação e comunicação: Grau de acessibilidade a informações; (c) Coesão social e inclusão: Grau de coesão social e inclusão e fatores que as dificultam, como o grau de conflitos e violência na comunidade; (d) Empoderamento e ação política: Participação em protestos públicos, votação, grau de controle da própria vida, confiança no governo e instituições públicas. Vale ressaltar que o questionário do Banco Mundial baseia-se nas impressões das pessoas da referida comunidade em relação a essas variáveis. Isso pode se tornar extremamente insólito, pois as pessoas têm impressões muito pessoais a respeito de satisfação, confiança e solidariedade (THE WORLD BANK, 2013).

Para Sehnem e Macke (2011), o capital social envolve fatores qualitativos, que respondem às pesquisas, com uma série de indicadores. Assim, quando se trata da mensuração do capital social, podem-se enfrentar dificuldades e se necessita de uma combinação de medidas para encontrar resultados fiéis com a realidade da comunidade analisada. Observa-se que os estudiosos concordam que é importante reconhecer que o capital social não é uma entidade única, mas antes, de natureza multidimensional.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo, com o propósito de atingir os seus objetivos, foi desenvolvido a partir de uma pesquisa descritiva, com caráter quantitativo, empregando uma *survey*com 30 gestores de unidades da Parceiros Voluntários no estado do Rio Grande do Sul. Para Hairet al. (2005), *survey*é um procedimento para coleta de dados primários a partir de indivíduos. Os dados podem variar entre crenças, opiniões, atitudes e estilos de vida, até informações gerais.

Para que haja correto entendimento da metodologia e dos resultados da pesquisa, torna-se imprescindível a definição conceitual e operacional dos principais termos e variáveis que serão utilizados ao longo do trabalho científico (MARTINS, 2002).

O questionário de pesquisa foi composto por 54 questões, sendo as 6 primeiras de caracterização da unidade à qual o gestor está vinculado. No segundo bloco do questionário, realizou-se a mensuração do capital social dos gestores das unidades, por meio de 22 questões, onde o respondente deveria indicar a resposta que mais se aproximava da sua realidade, optando desde discordo totalmente até concordo totalmente. Também foram utilizadas questões em que o respondente deveria indicar a frequência com que realiza determinadas ações, ou indicar o grau de concordância em relação a certas situações. A operacionalização das variáveis sobre capital social e fontes utilizadas para elaboração das questões é apresentada no Quadro 1.

Quadro 1 – Estrutura do questionário

Variáveis	Número de Questões	Autores
Dimensão Estrutural do Capital Social	9 (nove)	Nahapiet e Ghoshal (1998) Grootaert et al. (2003)
Dimensão Relacional do Capital Social	10 (dez)	Nahapiet e Ghoshal (1998) Grootaert et al. (2003)
Dimensão Cognitiva do Capital Social	3 (três)	Nahapiet e Ghoshal (1998) Grootaert et al. (2003)

Fonte: Elaborado pelos Autores.

Concluída a etapa de elaboração do questionário, realizou-se um pré-teste do mesmo com dois gestores de unidades, selecionados por indicação da Coordenação da Parceiros Voluntários. Para Lakatos (2003), depois de redigido, o questionário precisa ser testado antes de utilizá-lo de uma maneira definitiva. A aplicação do pré-teste (de caráter qualitativo) tem o objetivo de evidenciar possíveis falhas no questionário, como de inconsistência nas informações, complexidade das questões, linguagem complexa aos respondentes da pesquisa e, inclusive, se o número de questões é adequado. Após a verificação das falhas, deve-se realizar a reformulação do questionário, alterando, incluindo ou eliminando possíveis itens. A autora afirma ainda que este pré-teste pode ser aplicado mais de uma vez, tendo em vista seu aprimoramento e o aumento de sua validez.

Os gestores receberam a versão-teste do questionário por correio eletrônico em agosto de 2012 e opinaram qualitativamente sobre a clareza e pertinência das questões. Após a opinião e análise dos gestores que realizaram o pré-teste, constatou-se que não haveria a necessidade de realizar nenhuma alteração no questionário desenvolvido, pois o único aspecto mencionado pelos respondentes é que algum gestor poderia não ter o número de voluntários cadastrados na unidade, mas nesse caso, poderia obter a informação junto à coordenação da Parceiros Voluntários.

A população da etapa quantitativa do estudo consistiu no número total de unidades da Parceiros Voluntários que estão em funcionamento no Estado do Rio Grande do Sul. Segundo dados recebidos da coordenação estadual da Parceiros Voluntários em julho de 2012, essa relação constava de 53 unidades, das quais uma encontrava-se inativa e outra executava somente um programa de voluntariado, levando a uma população de 51 unidades.

A coleta de dados foi realizada por meio de envio de questionário de pesquisa em formato digital ao gestor de cada unidade da Parceiros Voluntários. Após contatos telefônicos e por correio eletrônico, obteve-se o retorno de 30 questionários, que constituem a amostra final de pesquisa para a realização das análises.

Os dados coletados foram analisados utilizando-se estatística descritiva que é a etapa inicial da análise utilizada para realizar a descrição e o resumo dos dados da pesquisa. Além da estatística descritiva, empregou-se também a análise fatorial que, segundo Hairet al. (2005), é uma técnica estatística que pode sintetizar as informações de um grande número de variáveis em um número menor de variáveis ou fatores, facilitando com isso a realização das análises do estudo. Na análise fatorial, foram trabalhados as variáveis de capital social, resultando três variáveis e, nas varáveis da gestão, também foram encontrados três variáveis. Após o uso da estatística descritiva e da análise fatorial do presente estudo, foram realizadas análises de testes de diferenças de médias, usando o capital social.

4 ANÁLISE DO CAPITAL SOCIAL DOS GESTORES

O capital social dos gestores das unidades foi mensurado utilizando um conjunto de 22 questões baseadas nos estudos de Grootaertet al. (2003) e Nahapiet e Ghoshal (1998). Para sumarizar os dados, foi realizada uma análise fatorial, nome genérico que se dá a uma classe de métodos estatísticos multivariados, cujo objetivo principal é definir uma matriz de dados (HAIR et al., 2005).

O propósito geral da análise fatorial é encontrar uma maneira de condensar ou resumir a informação contida em diversas variáveis originais em um número menor possível de dimensões, tomando cuidado para que se tenha uma perda mínima de informações. O teste de esfericidade de Barlett, que verifica a hipótese nula de que a matriz de correlações é uma matriz identidade, comprovou que não há correlação entre variáveis, permitindo seguir com a análise fatorial do estudo.

Na primeira análise fatorial das variáveis de capital social, foram encontrados quatro componentes, obtendo-se com isso uma variância explicada de 75,93% das 14 variáveis originais. Com o objetivo de realocar, acrescentar, excluir e dar uma maior consistência à análise, foi realizada a rotação Varimax que, segundo Hair et al. (2005), é um dos métodos de rotação fatorial mais populares,

onde a variância explicada por cada fator é alterada. Neste último teste, verificou-se que o índice de adequação da amostra Kaiser-Meyer Olkin (KMO) foi de 0,705, considerado, segundo Hairet al. (2005), uma medida indicada como mediana, mostrando com isso uma fatorabilidade dos dados. Foram encontrados três componentes, com uma variância explicada de 72,67% das variáveis originais.

Com base nas variáveis incluídas pela análise fatorial em cada um dos fatores destacados na Tabela 1, optou-se por renomear os fatores, utilizando a seguinte nomenclatura: Dimensão Confiança (Fator 1), Dimensão Proximidade (Fator 2), Dimensão Relacionamento (Fator 3).

Tabela 1: Análise Fatorial

Variáveis	1	2	3
A maior parte das pessoas desta cidade é honesta e merece confiança.	**0,841**	0,206	0,131
De uma maneira geral, acredito que se pode confiar nas pessoas.	**0,841**	0,328	-0,020
Nos finais de semana tenho o hábito de me encontrar com pessoas que não sejam da minha casa.	**0,810**	-0,101	0,059
Como você classificaria o espirito participativo das pessoas da sua região.	**0,681**	0,361	0,194
Os voluntários cadastrados na unidade têm valores pessoais parecidos com os meus.	**0,675**	0,416	0,109
Quando preciso de informações para tomar uma decisão profissional ou pessoal, posso acionar meus contatos.	0,136	**0,870**	0,040
Os empresários com os quais tenho contato têm valores parecidos com os meus.	0,371	**0,765**	0,028
Tenho uma relação próxima com as pessoas-chave nesta cidade (líderes comunitários, empresariais, representantes políticos).	0,213	**0,706**	0,444
Quando vou às compras nas redondezas, é comum encontrar amigos ou conhecidos.	0,042	0,365	**0,855**
Sou um membro ativo de grupos ou organizações locais (ex. Grupo de Dança, Lions, Clubes de esporte, comunidade, etc).	0,037	-0,274	**0,853**
Quantos amigos próximos você diria que tem hoje?	0,229	0,359	**0,614**

Nota: Extraction Method: Principal Component Analysis. Rotation Method: Varimax with Kaiser Normalization. a. Rotation converged in 5 iterations.
Fonte: Elaborado pelos Autores.

Observa-se que, no Componente 1, há variáveis sobre confiança (tanto relacionadas às pessoas da cidade, como às pessoas de um modo geral), assim como variáveis relacionadas à honestidade das pessoas. Além disso, há questões relacionadas ao espírito participativo das pessoas e se os voluntários possuem hábitos parecidos com os gestores. Considerando as variáveis que fazem parte deste componente, optou-se por nominá-lo como "Dimensão Confiança". Esta dimensão refere-se à existência de relações de confiança do gestor da unidade com a comunidade onde está inserido, o que o habilita a contatar essas pessoas e obter seu comprometimento para realizar ações relacionadas à Parceiros Voluntários. Além disso, quando os indivíduos estabelecem relações de confiança, torna-se mais fácil acessar e trocar informações que podem ser utilizadas para potencializar os resultados da unidade.

No Componente 2, que possui três variáveis, destacam-se questões relacionadas à possibilidade de acionar a rede de contatos para a tomada de decisões por parte dos gestores, se os empresários possuem valores parecidos com os dos gestores e se os mesmos possuem uma relação próxima com as pessoas - chave na cidade na qual vivem (como líderes comunitários, empresariais, representantes políticos). Esse componente foi denominado de "Dimensão Proximidade", pois se refere à característica do gestor da unidade de estabelecer relações próximas com as pessoas na comunidade onde atua. Conforme Nahapiet e Ghoshal (1998), a proximidade entre os atores facilita o acesso às informações e faz com que haja maior interação. Quando essa dimensão do capital social dos gestores é reforçada, estes têm intimidade suficiente com seus contatos – empresários e pessoas chave – para pedir apoio às ações da Parceiros Voluntários. Além disso, essa proximidade também funciona como um fator que favorece o convencimento de novos voluntários para a realização das ações propostas.

Já o Componente 3 possui três variáveis que dizem respeito ao nível de relacionamento do gestor na comunidade onde atua como demonstrado nas perguntas sobre sua participação em grupos ou organizações locais, o número de amigos próximos na comunidade e a possibilidade de encontrar amigos e conhecidos quando realiza atividades cotidianas na cidade, recebendo assim o nome de "Dimensão Relacionamento". Esta dimensão está vinculada à rede de relações e ao seu sistema social. Realizando um comparativo com as dimensões definidas por Nahapiet e Ghoshal (1998), os autores destacam a presença de algum elo ou laço entre pessoas envolvidas, como também se existe algum padrão de ligação. Grootaertet al. (2003) afirmam que essa "sociabilidade" do capital social pode ser o encontro com pessoas em espaços públicos, participação em eventos comunitários, tais como esportes ou cerimônias. Gestores que possuem esta dimensão do capital social em alto nível indicam possuir relações significativas na comunidade onde atuam, o que pode impactar significativamente na sua capacidade de mobilizar pessoas e estimular o engajamento em ações de voluntariado.

Após a definição das três dimensões do capital social, foram realizadas análises pertinentes ao capital social dos gestores. Inicialmente, apresenta-se a análise descritiva das dimensões de capital social, verificando a média destas e o desvio padrão, chegando aos resultados apresentados na Tabela 2.

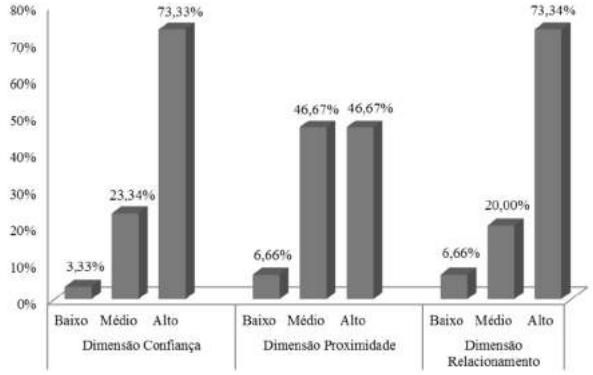
Tabela 2: Dimensões do capital social:

N	N	Média	Desvio Padrão
Dimensão Confiança	30	3,5628	0,77790
Dimensão Proximidade	30	3,8000	0,84350
Dimensão Relacionamento	30	3,9222	0,79598

Fonte: Elaborado pelos Autores.

Observa-se na tabela acima que, dos 30 gestores que responderam à pesquisa, na Dimensão confiança, a média foi de 3,56, na Dimensão proximidade essa média foi de 3,80, e na Dimensão relacionamento a média foi de 3,92. Levando-se em consideração as médias apresentadas por dimensão de capital social, conclui-se que o capital social dos gestores das unidades pode ser considerado alto. Verifica-se também na Tabela 2 que o desvio padrão é baixo, afirmando assim que as médias são representativas, portanto os respondentes são relativamente homogêneos em termos de capital social. Na Figura 1, pode-se observar a porcentagem de gestores que possuem um baixo capital social, um médio capital social, e um alto capital social por dimensão criada na análise fatorial.

Figura 1: Porcentagem de capital social dos gestores por dimensão



Fonte: Elaborado pelos Autores.

Após a análise geral, as unidades foram divididas em três percentis, de acordo com o número de voluntários cadastrados em 2011, sendo que o 1º percentil engloba 10 unidades da Parceiros Voluntários que possuem até 283 (duzentos e oitenta e três) voluntários cadastrados, recebendo o nome de Categoria I. O 2º percentil engloba 10 unidades da Parceiros Voluntários que possuem entre 284 (duzentos e oitenta e quatro) e 1013 (um mil e treze) voluntários cadastrados, recebendo o nome de Categoria II. Já o 3º percentil engloba 10 unidades da Parceiros Voluntários que possuem mais de 1014 (um mil e quatorze) voluntários cadastrados, recebendo o nome de Categoria III, conforme apresentado na Tabela 3.

Tabela 3: Categorias das unidades

Categorias	Voluntários	N.º de Unidades
Categoria I	Menos de 283 voluntários	10 unidades
Categoria II	De 284 até 1013 voluntários	10 unidades
Categoria III	Mais de 1014 voluntários	10 unidades

Fonte: Elaborado pelos Autores.

Além de se apresentar os resultados das médias e desvio padrão por dimensão do capital social dos gestores, realizou-se uma análise comparativa em relação à categoria das unidades, como mostrado na Tabela 4.

Tabela 4: Comparativo

Dimensão	Média Geral	Desvio Padrão	Média por categorias das unidades		
			I(N=10)	II (N=10)	III (N=10)
Dimensão Confiança	3,5628	0,77790	3,1900	3,9250	3,5733
Dimensão Proximidade	3,8000	0,84350	3,3167	4,1000	3,9833
Dimensão Relacionamento	3,9222	0,79598	4,0000	4,3000	3,4667

Fonte: Elaborado pelos Autores.

Nessas médias das dimensões por unidades, observa-se que nas três dimensões o capital social dos gestores de unidades de Categoria II é maior do que o capital social do gestor das Categorias I e III. Essa média do capital social dos gestores das unidades de Categoria II supera a média geral das dimensões. Isso revela que nas três dimensões do capital social dos gestores, os da Categoria II são os que possuem o melhor resultado entre os demais gestores das outras categorias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nahapiet e Ghoshal (1998) destacam que o capital social possui atributos e que essas características podem ser subdivididas em três dimensões distintas, que, embora sejam abordadas analiticamente de forma separada, possuem grande conexão: Dimensão estrutural, Dimensão relacional e Dimensão cognitiva. Os resultados da pesquisa evidenciaram elementos de capital social similares aos encontrados no estudo de Nahapiet e Ghoshal (1998). Ressalta-se, porém, que no presente estudo, devido ao fato de algumas variáveis poderem se enquadrar em mais de um componente ou dimensão, os mesmos foram renomeados, sendo denominados de Dimensão confiança, Dimensão proximidade e Dimensão de relacionamento.

Na análise do capital social dos gestores, verificou-se que os mesmos possuem um alto capital social. Esse capital social se sobressaiu nas Dimensões de confiança e na Dimensão de relacionamento. Nahapiet e Ghoshal (1998) afirmaram, através de seu estudo, que a confiança é a crença de que o resultado das ações de um indivíduo será adequado no ponto de vista de outro individuo.

Em relação à Dimensão de relacionamento, os autores Nahapiet e Ghoshal (1998) acreditam que a mesma reporta-se aos recursos que são providos por representações, interpretações e sistemas de significados. Afirmam ainda que esta dimensão representa recursos estabelecidos, compartilhamento de significados entre membros da rede. Apesar de se verificar no presente estudo o alto grau de capital social dos gestores, acredita-se que é imprescindível que a Parceiros Voluntários estimule seus gestores a desenvolver o capital social. Esse estímulo deve acontecer em todas as dimensões geradas e apresentadas neste estudo.

Na Dimensão de relacionamento, também é conveniente, por parte da Parceiros Voluntários, desenvolver maneiras de incentivo. Nesse caso especificamente em participarem de outros grupos ou organizações locais. O fato de frequentar esses grupos ou locais dentro da comunidade também faz com que os gestores desenvolvam mais o seu capital social da Dimensão de relacionamento.

O presente estudo teve como objetivo mensurar o capital social dos gestores das unidades de uma organização de voluntariado. Por meio de um estudo, conclui-se que os gestores das unidades pesquisadas possuem um alto capital social, principalmente nas Dimensões de confiança e relacionamento. Esse capital social facilita para os gestores a busca de novos voluntários e as parcerias com as Organizações da Sociedade Civil, criando um espaço propício para esse fim.

Como principais contribuições, este estudo demonstrou à Parceiros Voluntários fatores que podem ser utilizados para potencializar o desempenho das unidades, e consequentemente, melhorar o desempenho da ONG como um todo. Além disso, pode-se averiguar também para a Parceiros Voluntários a importância de trabalhar com seus gestores, para que os mesmos desenvolvam o seu capital social de modo que influencie positivamente nos resultados de cada unidade da ONG.

Como sugestão para novos estudos na área, é primordial que se elenque as limitações do estudo. Ao pesquisar uma ONG, o estudo contou com algumas características de ordem prática, no que se referiu, principalmente por parte dos gestores, na dificuldade da devolução do instrumento de pesquisa. Foram encaminhados 51 questionários, retornando 30 questionários respondidos. Houve certa desconfiança por parte dos gestores com relação a liberar informações pertinentes à unidade que está sob sua responsabilidade. Outra limitação do estudo foi a dificuldade na mensuração do capital social, principalmente na etapa quantitativa. Além dos fatores mencionados, pode-se citar a rotatividade dos gestores em algumas unidades. Essa rotatividade contribui para a dificuldade de se conseguir informações pertinentes às unidades.

O presente estudo não procurou esgotar a temática do capital social dos gestores, bem como sua influência nos resultados das unidades. A partir da pesquisa realizada, identificou-se um conjunto de oportunidades para estudos futuros em relação às organizações sem fins lucrativos, mesmo no âmbito da própria Parceiros Voluntários.

Sugere-se, por exemplo, a elaboração de estudos específicos em unidades da Parceiros Voluntários que estão vinculadas às ACIs, e unidades da Parceiros Voluntários que não possuem esse vínculo, e realizar um comparativo, principalmente em questões organizacionais, para identificar modelos de gestão aplicados por ambas. Também é pertinente realizar estudos comparativos entre organizações sem fins lucrativos e empresas privadas, para compreender os diferentes papéis do capital social em organizações diversas. Embora este estudo tenha tido foco nos gestores das unidades, é importante realizar estudos futuros que incluam também os voluntários, procurando compreender o que a gestão das unidades pode fazer para gerar resultados mais efetivos.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. The forms of capital. In: RICHARDSON, John G. (Coord.). Handbook of theory and research for the sociology of education.New York: Greenwood Press, 1986.
p. 241-258.

BORGES, C. Como o capital social do empreendedor pode influenciar o processo de criação de uma empresa tecnológica? Santiago de Cali: UniversidadeIcesi, 2009.

BURT, R. Structural holes: the social structure of competition. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

CABREIRA, Z. Capital social como fator de sustentabilidade aos programas de desenvolvimento local, reflexões sobre uma prática: a experiência do Sebrae em Lagoa dos Três Cantos. 120 f. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração - Programa de Pós-Graduação em Administração)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

COLEMAN, J. The Foundations if Social Theory. Cambridge: HarwardUniversity Press, 1990.

DREYER, L.; JOHANNPETER, M. E. P. O quinto poder: consciência social de uma nação. Porto Alegre: L&PM, 2008.

FUKUYAMA, F. Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GENARI, D. Mensuração do Capital Social e comprometimento nas indústrias vitivinícolas do Vale dos Vinhedos associadas à Aprovale e Aprobelo: uma abordagem organizacional. 2010. 137f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Administração – PPGA Curso de Mestrado em Administração)–Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2010.

GRANOVETTER, M. The Strength of Weak Ties.American Journal of Sociology, Chicago, v. 78, n. 6, p. 1360-1380, may 1973.

GROOTAERT, C. et al. Questionário integrado para medir capital social: Banco Mundial: grupo temático sobre capital social. 2003. Disponível em: <http://poverty.worldbank.org/files/14753_qi-mcs.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2011.

HAIR, J. J. R. et al. Análise multivariada de dados. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

JACOBI, P. R. et al. Capital social e desempenho institucional. In: JACOBI, P. R.; FERREIRA, L. C. (Org.). Diálogos em ambiente e sociedade no Brasil. São Paulo: ANPPAS, 2006. p. 303-327.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade e. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIN, N. Building a network theory of social capital. In: LIN, N.; COOK, C.; BURT, R. S. Social capital: theory and research. New York: Aldine de Gruyter, 2001. p. 3-30.

MARTINS, Gilberto de Andrade. Manual para elaboração de monografias e dissertações. São Paulo: Atlas, 2002

MONASTÉRIO, L. M. Capital social e a Região Sul do Rio Grande do Sul. 2002. Tese–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

NAHAPIET, J.; GHOSHAL, S. Social capital, intelectual capital, and the organizational advantage.Academy of Management Review, v. 23, p. 242-266, 1998.

PARCEIROS VOLUNTÁRIOS. 2011. Disponível em: <http://www.parceirosvoluntarios.org.br/>. Acesso em: 08 abr. 2011.

PEREIRA, J. C. R. Análise de dados qualitativos Estratégias metodológicas para ciências da saúde, humanas e sociais. 3 ed. São Paulo: Edusp, 2004.

PUTNAM, R. D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália Moderna. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

SCHMIDT, J. P. Os jovens e a construção do capital social no Brasil. In: KEIL, I. M.; BAQUERO, M. Democracia, juventude e capital social no Brasil. Porto Alegre: EdUFRGS, 2004. p. 147-179.

SEHNEM, A.; MACKE, J. Avaliação do capital social no ambiente universitário: uma experiência no Extremo-Oeste catarinense. Roteiro, Joaçaba, v. 36, n. 1, p. 81-104, jan./jun. 2011.

TENÓRIO, F. G. Gestão de ONGs: principais Funções Gerenciais. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

THE WORLD BANK. Desenvolvidopor The World Bank Group. c2013. Apresenta informações gerais sobre Banco Mundial. Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 08 mar. 2013.

WEGNER, D. Redes horizontais de empresas no Rio Grande do Sul: um estudo dos fatores influentes na formação e desenvolvimento. 2005. 196f. Dissertação (Mestrado em Administração – Programa de Pós Graduação em Administração)–Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005.

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS

CANOAS, 2016.

DO OUTRO LADO DO DIREITO: MEDIAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA

Sheila Marione Uhlmann Willani

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo examinar a mediação como tratamento dos conflitos com o propósito de verificar seus efeitos e, de que forma contribui para a autocomposição da comunicação em uma situação de conflito dentro do âmbito judicial e extrajudicial, nacional e internacional. Portanto, numa perspectiva comunicacional, trata-se de pensar a operacionalização (reflexiva) do Direito voltada ao desenvolvimento da capacidade de apresentar respostas diferenciadas às novas relações e situações que vem surgindo na sociedade contemporânea. Em poucas palavras, seria a Mediação como Comunicação dos Direitos Humanos e Afetividade.

Palavras-chave: Mediação. Comunicação não-violenta. Direito. Teoria sistêmica. Organização.

1 INTRODUÇÃO

A partir da ideia de sistema pode se aprimorar uma sociedade voltada a uma comunicação não violenta alcançando maior ressonância dos direitos humanos e da paz. Para tanto será feita uma abordagem da mediação como comunicação de reconstrução das expectativas cognitivas em uma sociedade de risco. Mais concretamente serão pesquisados distintos processos empíricos de práticas, desencontros, conflitos, situações limite em diferentes contextos nacionais e internacionais. Iremos comparar igualmente as novas propostas de justiça restaurativa surgidas no início do século XXI paralelas a estrutura dogmática tradicional do Direito, na União Europeia, notadamente na França, Espanha, Portugal. Assim como na África do Sul, o Brasil, Chile e Estados Unidos.

Portanto, numa perspectiva comunicacional, trata-se de pensar a operacionalização (reflexiva) do Direito voltada ao desenvolvimento da capacidade de apresentar respostas diferenciadas às novas relações e situações que vem surgindo na sociedade contemporânea. Em poucas palavras, seria a Mediação como Comunicação dos Direitos Humanos e Afetividade.

A mediação, apesar de se estruturar em uma conversa informal, é marcada por diversos rituais e organizações de momentos de fala e limitação de tempo e temas propostos. Marshal Rosenberg, em sua obra "Comunicação Não-Violenta" fala sobre esta maneira diferente de comunicação, que transparece simplicidade e tranqüilidade no trato com os companheiros do âmbito familiar. Pois embora possamos considerar tranquila a maneira de falarmos, nossas palavras, não raro, podem causar mágoa e dor para outros e assim refletindo em nós mesmos mais tarde ou de imediato.

Por isso se faz importante "uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração"(*ROSENBERG,* 2006. p. 21.), ou como Rosenberg mesmo disse, a uma comunicação compassiva, com uma percepção mais aberta para receber/ouvir as palavras/expressões do outro.

Somente quando conseguimos nos comunicar de forma compassiva, escutando o outro e nos permitindo expressar tudo que realmente é sentido é que se consegue perceber os relacionamentos por um outro enfoque, que antes não era obvio ou percebido pelas partes, o que pode trazer muita clareza à respeito dos sentimentos envolvidos no conflito.

Neste sentido é que age o mediador: como um foco de luz que auxilia ou que faz brilhar a luz da consciência nos pontos que antes eram obscurecidos. E é a partir daí que iniciam a serem compreendidos e identificados os reais e verdadeiros desejos que, pela má comunicação, geraram aquele conflito.

Para que se possa organizar os sentimentos e as idéias colocadas em forma de palavras pelas partes, faz-se necessário: demarcar as observações feitas por ambos (ou por todos os participantes dos

conflitos – visto que não há um número restrito); os sentimentos expostos (quais são em relação a que ou a quem, se são profundos e se precisarão de um trabalho de resgate mais bem trabalhado - em mais sessões); identificar as necessidades reais e diferenciar do pedido feito, visto que os sentimentos, por vezes "inflamados" tendem a pedir muito mais do que o necessário e nem sempre este pedido "excedido" é realmente o que é desejado e por conta disso, não irá sanar o conflito e os desgostos ainda vívidos.

O papel do mediador dentro de uma "comunicação não violenta" é de fazer tudo que puder para que os outros saibam que os únicos interesses são a harmonia, a paz e a solução do conflito. Assim, unidos nesta esfera de sentimentos, eles conceberão esta ideia e se unirão aos mediadores, sendo contaminados pela mesma vontade de atrair um bom *animus*: uma relação harmoniosa uns com os outros para construir uma solução salutar e satisfatória para todos. (ROSENBERG, 2006, p. 24.)

Este método é, na verdade, a forma de exteriorizarmos e materializarmos em atos, o que assume a propriedade fundamental da consciência: a sua intencionalidade. Este procedimento é permanente e irrecusável, visto a necessidade do desenvolvimento da maturidade que a vida nos impõe. Conforme diria Paulo Freire, a consciência é absorve tudo que está forma dela, que a circunda. A consciência é o entendimento no seu sentido máximo das generalidades, "tal é a raiz do método, assim como tal é a essência, da consciência, que só existe enquanto faculdade abstrata e metódica. (FREIRE, 1987. p. 41)

É deste modo que, ao alcançarem este saber da realidade na reflexão e na ação em comum, as partes se descobrem como seus refazedores permanentes, como se fosse um verdadeiro despertar de consciência.

Deste modo, a presença dos oprimidos na busca de sua libertação, mais que pseudo-participação, é o que deve ser: engajamento.

Neste sentido, Warat refere que "O aprender é antes de tudo uma questão de linguagem, enquanto captura o encanto de um imaginário que nos acaricia. Para que um sujeito aprenda a viver, as palavras devem seduzir (capturar o corpo)".(WARAT, 1985b, p. do ponto 5.10.)

Desta forma, Warat introduz a mesma realidade com uma forma diferente de expressão, como se a fala fosse um poder que todo ser humano tem e que não sabe utilizar, ou, de certa forma, utiliza de forma errônea e assim aumenta os conflitos que deveriam ser construtivos.

O referido autor ainda critica o que denomina de eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas, pois acabam por não colaborar de forma a garantir de forma eficaz essa melhora na comunicação dos conflitantes.

A Mediação visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entres os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.

2 MEDIAÇÃO

A antiguidade da mediação explica sua presença constante na história do pensamento humano. Ela constitui um conceito relevante, que aparece em todos os dicionários de filosofia. Ela adquiri hoje uma importância social que a renovou completamente e tornou urgente um esforço teórico sério. Recuando vinte e cinco anos atrás, no início da "década da mediação" (Jean-François Six, Le temp de médiateurs, Le Seuil, 1990), a percepção da originalidade profunda da mediação impõe que esta se consolide e se desenvolva de forma útil.

Alguns as vezes a aproximam a modo de regulação existente a longa data nas sociedades tradicionais, que no entanto difere em aspectos essenciais (v. Bem Mrad F. médiation et regulations negociées in Penser la médiation, L'Harmattan, 2008). Exercida geralmente pelos notáveis, que se apoiam sobre sistemas internos de poder. A missão de pacificação entre os paroquianos confiados aos cléricos pelos bispos da antiga França, na qual as palavras d'Afrique (Jean-Godefroy Bidima, La palabre, Michalon, 1997) ilustra bem a regulação pela autoridade social interna. Ora, a mediação

UNILASALLE CANOAS-RS

contemporânea se baseia sobre um terceiro externo (imparcial), se não, se deveria falar em conciliação. Os modos tradicionais eram como destilados naturalmente pelo grupo e retornavam naturalmente aos chefes sociais, a diferença da mediação contemporânea que se relata pelo seu caráter deliberativo e fora do poder.

A atualidade do tema se manifesta pela utilização a todo momento da palavra "mediação". Essa expansão reflete a necessidade vital de mediação, torna urgente precisar a sua definição, seu campo teórico e prático, assim que a problemática de sua inserção institucional em uma sociedade que ela reflete e que ela pode modificar.

O método indutivo se impõe. A primeira parte proporá sobre a forma de uma pesquisa fenomenológica um inventário não seletivo das experiências que recorrem, mesmo abusivamente, da mediação ou similares a ela. A sua inserção nesse quadro não garante em nada a utilização da palavra "mediação" nessa proposta, na espera de um esclarecimento que virá em uma segunda parte. É preciso de uma definição suficientemente rigorosa para romper com o sincretismo que ameaça a mediação, mas suficientemente larga para não bloqueá-la ou esclerosá-la. A apresentação de pistas relativas a seu regime jurídico, sua institucionalização em relação com a sociedade civil, mas também com outros modos de regulação (dos quais a justiça e a administração) consolidará sua coerência. A preferência da prática pela urgência que prevaleceu até os anos 1999-2000, que consistia a opor as vigilâncias terminológicas um suposto realismo ("pouco importa a palavra utilizada, conciliação, mediação, aquilo que conta é fazer"), por fim sucedeu-se uma fase do primado da urgência teórica. Ela chegou a elaboração de um nível mínimo de inteligibilidade conceitual, que deveria permitir sua sobrevivência. O relatório "celeridade e qualidade da justiça, a mediação uma outra via" produzida pelo grupo de trabalho sobre a mediação, instalado pelo Primeiro presidente da corte de apelação de Paris no dia 11 de fevereiro de 2008, apoiou a preconização de "bem dizer para bem fazer". Apesar destas conquistas encorajadoras, a exigência teórica tornou-se vital por duas séries de razões ao menos:

- a persistência de estratégias de instrumentalização capturam a imagem positiva da mediação. Os poderes públicos e as empresas um pouco displicentes, usam seus conciliadores no lugar de mediadores.

- a ausência da capitalização dos esforços conceituais anteriores que alimentam de boa fé aqueles que 25 anos depois de seu início, descobrem a mediação com entusiasmo, mas também com uma total falta de rigor, de vigilância e de modéstia, e que utilizam a expressão sem verificar a sua justificação. O tempo que esses ardentes propagandistas daquilo que eles pensam ser a mediação toma consciência de seus erros, eles tem alimentado a divulgação de sua negação. Duas síndromes atingem nossos contemporâneos quando abordam a mediação. Na "síndrome de M. Jourdain", eles pensam fazer mediação, como ele fazia a proza: sem saber. Já na "síndrome do mediador natural" eles pensam tirar a partir de seu status pessoal ou profissional uma postura inata de mediador. Os utilizadores intempestivos da palavra não percebem então a urgência de um esforço teórico. Eles manifestam geralmente um ceticismo nada modesto dos práticos para quem a ação antecede a reflexão. A reflexão não engendraria mais do que atraso e impotência num domínio no qual é preciso apostar em uma maior velocidade e inovar a todo preço. Não se pode evitar de evocar os perigos que a negligência terminológica insere na mediação, mas também as pessoas que a ela recorrem e a justiça a ela mesma.

A evolução depois da precedente edição alimenta medos e esperanças:

- Os medos. Os poderes públicos multiplicam os dispositivos que utilizam abusivamente a palavra mediação. O polo da saúde ligado ao seu antigo provedor de justiça pratica na realidade a conciliação institucionalmente assistida. A comissão da mediação do consumo instalada no dia 20 de outubro de 2010, pelo Ministério da Economia e das Finanças guiará um tratamento de massa das reclamações sob forma de procedimentos internos, muito distantes do processo de mediação. O inconveniente de tais medidas equivocadas confirmadas pelo Estado é duplo. Seu inevitável fracasso arrisca de desacreditar a mediação. Ele encoraja outros atores a utilizar mal a palavra mediação.

UNILASALLE CANOAS-RS

- As esperanças. Elas vem inicialmente da supressão do equivoco terminológico proveniente da Médiature de lá République. Eles provem em seguida da interpretação *a mínima* que o Conselho do Estado fez da diretiva Européia de 21 de maio de 2008 sobre a mediação. Então elas provem da capacidade dos mediadores de superar suas divergências para elaborar um código nacional de deontologia (site UPIM).

3 MEDIAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA

O termo comunicação na teoria vai muito além do idioma e da escrita. De minha parte, sigo a trilha que aponta Luis Alberto Warat,

> suspeito da ciência e a censuro também por suas pomposas procuras da verdade, por sua ousadia de pretender refletir o mundo. Tolero melhor (sempre com gostinho amargo) nomear a ciência como aquela fala que poderia ser reconhecida como uma escuta alcagueta, isto é o segredo com que os poderosos dominam (explicitam o segredo do rei, dos despotismos ilustrados, dos uniformizados ou dos jalecos brancos). Toda microfísica do poder –saber assenta numa microfísica do segredo-medo, esconde uma intertextualidade de enigmas e angustias. (1985b, p. 81)

As ciências sociais tem dificuldades epistemológicas para a produção do conhecimento científico porque na atualidade existe uma grande exigência para a validação das descobertas teóricas, postulando-se comprovações empíricas e estatísticas bem rigorosas. Nesse sentido, quando se parte para pesquisas qualitativas surge um vazio de design que impede a configuração de modelos exatos. Essa dificuldade de definição conceitual e temática é sempre presente. Porém, isso é o que nos fascina e, justifica a entrada neste caminho, para mim, existencialmente decisivo e marcante, que é o da pesquisa científica do direito e suas relações com a sociedade. Por isso, a mediação aparece como a guia para esse labirinto de emoções, ansiedades e desejo do novo. Parece melhor caminhar na beira do abismo, como diria Nietzsche, uma tensão entre o humano e o nada. Como diz Álvaro Pires, temos que optar pelo enfrentamento da problemática que a sociedade está nos colocando hoje, como, por exemplo, a questão do gênero e da sexualidade, o etnocentrismo e os grupos minoritários, prática de discriminação contra pessoas pobres, doentes mentais, detentos, desempregados, deficientes físicos e toda sorte de pessoas desprivilegiadas de alguma forma. Perante esse desafio: proponho um estudo da mediação.

O ponto de partida para o conhecimento é vê-lo como ação efetiva. Por isso segundo Maturana e Varela a descrição dos fenômenos deve ser feita de maneira aceitável para a comunidade de observadores, gerando um sistema que permita a observação também de outros fenômenos.

A explicação do conhecimento conforme Humberto Maturana segue as seguintes etapas: I – Fenômeno a explicar: ação efetiva do ser vivo em seu meio ambiente. II – Hipótese explicativa: organização autônoma do ser vivo, deriva filogenética e ontogenética com conservação da adaptação (acoplamento estrutural). III – Dedução de outros fenômenos: coordenação das condutas na interações entre seres vivos e coordenação das condutas recursivas sobre a coordenação das condutas. IV – Observações adicionais: fenômenos sociais, domínios linguísticos, linguagem e autoconsciência. (MATURANA; VARELA, 2003, p. 15).

Para Leonel Severo Rocha, a autopoiése se relaciona com a possibilidade de uma observação diferenciada. Para ele "trata-se de uma denominação inusitada para os não iniciados. Porém, em grandes linhas a ideia básica é, a partir de uma observação autopoiética fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas coo o direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI."(2009, p. 18).

No século XXI a complexidade exige uma nova concepção do Direito, uma readequação as questões de conflitos. A mediação visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando

UNILASALLE CANOAS-RS

unicamente com a celebração do acordo entre os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.

Neste sentido compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Percebe-se que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais. A proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse seria a de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica onde a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um "nós". Isto é, partindo da concepção de que o oficio do mediador seria tornar visível o não-dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que para sua redução exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente surgem códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora. Pois situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem coloca-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Ai está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz.

UNILASALLE CANOAS RS

4 MEDIAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL

O processo judicial deve ser sujeito a mediação. Afinal, é justamente o aspecto psicológico das partes e o desgaste mental gerado pelo processo de dissolução do sistema problemático desenvolvido que a torna capaz de trazer à tona os erros cometidos durante a constância da relação.

Neste sentido é que a mediação vem a ser útil, pois auxilia e possibilita as partes em crise se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os discursos inflamados obstacularizavam essa ponte entre o expressar os sentimentos e a compreensão, tão necessários ao diálogo dos mesmos e, por conseguinte, ao entendimento almejado por todos que participam do processo de mediação.

Assim, a comunicação não violenta nos auxilia a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural rebrilhe. Podendo nos guiar no processo de reformulação da forma pela qual nos expressamos e escutamos o outro, mediante a concentração em quatro áreas: a observação, o sentimento, a necessidade, e o que é realmente importante a paz individual e social.

Desta forma, explica-se o objetivo da comunicação não violenta (cnv), que é o de promover maior profundidade no escutar, fomentar o respeito e a empatia e provocar o desejo mútuo de nos entregarmos abertamente. Algumas pessoas usam a cnv para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. Nota-se que no mundo inteiro, a cnv é utilizada para mediar disputas e conflitos de todos os níveis.

De uma forma mais sensível, Marshal afirma que a comunicação não violenta, ou seja, a comunicação "compassiva", que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento (da comunicação não-violenta). (*ROSENBERG,* 2006, p. 15 a 47).

Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papeis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais.

As investigações neurofisiológicas, conforme Niklas Luhmnann (sociedad de la sociedade, p. 90) descreve o cérebro como um sistema operacionalmente fechado. A resposta aos problemas nesse caso pode unicamente ser encontrada mediante o conceito de percepção sensorial. Para Luhmann deve-se partir portanto do conceito de observação e entendermos como ele indica de um contexto de uma distinção, vendo a memória como a faculdade de discriminar entre lembrar e esquecer.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura, sendo que essa rede já existia antes mesmo do nascimento de uma criança. Portanto, tem-se que a família é um objeto de estudo privilegiado para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade.

Várias são as razões que desencadeiam os conflitos sociais, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência. Estes são apenas alguns dos sentimentos que podem caracterizar a dinâmica de algumas relações sociais e que podem vir a cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações.

Sendo assim, sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora desejemos aderir aos papeis sociais contemporâneos, ainda existe certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática.

Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto e direto.

Desta forma as relações sociais se dariam de forma mais harmônica e simples, pois a autonomia da fala entre os mesmos seria tranquila, leve, apaziguadora, tornando viável o caminho para uma democracia conscientemente responsável e assim se instala o caminho para a paz social.

5 O TRATAMENTO DO CONFLITO

Muito embora possa parecer estranho, o tratamento dos conflitos gerados pela sociedade é um campo ainda muito novo para o direito, o que faz com que os caminhos teóricos dos quais dispomos para lidar com essa questão sejam ainda bastante inseguros.(COSTA, 2004, p. 161-162.)

Apesar do Direito sempre ter lidado com conflitos, é recente o entendimento dos juristas de que esse é um objeto do qual merece reflexão. A história humana é repleta de situações onde a reflexão da nossa realidade não é tematizada; como exemplo, menciona-se a escravidão e o direito a igualdade dos sexos.

Tais temas excluídos por longo período dos estudos sistemáticos que chamamos normalmente de ciência ou filosofia, deixando-se de acumular entendimento do processo evolutivo do ser humano. Porém, em um dado momento esses fatos passaram a ser entendidos como problemas, e por

consequência indagados a receberem respostas. Aí então se iniciaram os degraus de subida para o entendimento, para o conhecimento e para a evolução da sociedade.

A partir do momento em que se identificou o problema ou o fato do qual não se encontrou resposta natural ou simples, iniciou-se uma caminhada em busca de uma nova alternativa, uma nova possibilidade de resolvê-lo. Isso se fez perceber que os métodos anteriormente utilizados para solucionar os conflitos não eram eficazes, instigando a buscar novas respostas e abrindo as portas para outros meios de solução (Tribunal Multiportas).

Normalmente, os juristas viam o conflito como algo a ser combatido, algo negativo que deveria ser dominado e extinguido. Os conflitos são e sempre foram inevitáveis, em razão da existência de tantas diferenças sociais, econômicas (para não citar tantas outras...), de interesses e de desejos, não havendo como anulá-los.

A organização do Poder Judiciário foi a de construir um saber dogmático que possuía respostas prontas para todo tipo de problema. Essa estratégia implicou na composição de juízes que deveriam decidir os conflitos mediante sua autoridade.

Resumindo e simplificando, essa é uma descrição grosseira do Direito moderno, um breve relato do quão igualitário é o tratamento do individualismo pelo judiciário: onde as pessoas se compõem de diferentes motivos, esses interesses se conflitam com outros diferentes, e essa diferença precisa ser anulada mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas pelo juiz imparcial.

A partir dessa percepção, há de se notar que o conflito impera como uma disfunção, como algo negativo a ser anulado. Assim, os juristas reuniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito, visto como algo a ser recusado, dominado ou anulado. Na atualidade, essa visão encontra-se em crise, na medida em que se desnuda o desdobramento que o conceito da palavra conflito significa. Tal conceito vai muito além da percepção do impresso nos processos, pois abarca os mais variados tipos e origens e exige estratégias e meios muito mais flexíveis e diversos para o seu enfrentamento: decisão X violência.

Isso provocou uma abertura para reflexões gerando um movimento de formação de alternativas de auxílio ao judiciário a solucionar esses conflitos. Porém, há de se acentuar que o Poder Judiciário permanece como mecanismo padrão de resolução dos mesmos, embora toda alternativa seja uma opção para algo que se tem como padrão.

Os Direitos Humanos, conforme Cloud Lefort, permite uma renovação da ideia de democracia e nesse sentido a mediação poderá seria uma imagem não estereotipada de dizer o amor.

Criou-se com isso a concepção de que haveria de ser feito um acordo entre as partes, que nem sempre poderia se encaixar no padrão das normas jurídicas. Nesse momento, há um reconhecimento dos limites da técnica jurídica imposta por normas gerais e também uma valoração dos meios articulados e flexíveis que dão mais abertura as estratégias voltadas à criação autônoma e democrática de normas individuais para a solução do conflito.

A partir daí entra-se na questão da identificação da raiz problemática, visto que o conflito não é verdadeiramente o problema, mas uma decorrência do problema. Ele não é algo a ser anulado, pois demonstra que algo de insatisfatório ou de mal interpretado, ou ainda, de que algo mal compreendido existe.

Mais profundamente, faz-se necessário notar que há uma dimensão dissonante que integra o íntimo das pessoas conflitantes, podendo ainda não haver somente interesses e desejos opostos, mas também a percepção de mundo que os cercam diferente, e isso não pode ser anulado, pois violentaria o direito à identidade.

Isso tudo se encaixa na análise da forma de expressão: sendo cada ser “um mundo à parte”, as necessidades são expressadas de formas diferentes, mesmo que por vezes sejam do igual objeto/objetivo. Ou seja, o verdadeiro e real interesse das partes pode ficar obscuro, dificultando uma ou a outra parte de contribuir com uma resposta criativa, abrindo-se um vão comunicativo entre elas.

UNILASALLE CANOAS RS

Então, cabe aos meios alternativos amparar e reestruturar essa base que se estremeceu e de reconstruir a ponte que permitirá a comunicação harmoniosa entre as partes novamente. Por nascerem dessa necessidade, os meios alternativos vêm sendo aperfeiçoados cada vez mais, em busca sempre de respostas mais eficientes e satisfatórias (MORAIS; SPENGLER, 2012. p. 34).

6 A APLICAÇÃO

A mediação vem especificamente estruturada para comportar e amparar todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficáz, transformando o conflito em algo construtivo.

Com esta intenção, traça-se caminho para que aos poucos a mediação se torne algo cultural e de tal maneira naturalmente realizada e implantada antes, durante ou até mesmo depois do processo judicial.

Assim, o ser social se adequa à mediação e ao Poder Judiciário de forma homogênea, pois objetiva esta busca pela aplicação mais harmoniosa e justa das decisões, traduzindo os sentimentos e as necessidades de ambos para que corresponda a criação e aplicação de regras/soluções eficazes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação, apesar de se estruturar em uma conversa informal, é marcada por diversos rituais e organizações de momentos de fala e limitação de tempo e temas propostos. Marshal Rosenberg, em sua obra "Comunicação Não-Violenta" fala sobre esta maneira diferente de comunicação, que transparece simplicidade e tranqüilidade no trato com os companheiros do âmbito familiar. Pois embora possamos considerar tranquila a maneira de falarmos, nossas palavras, não raro, podem causar mágoa e dor para outros e assim refletindo em nós mesmos mais tarde ou de imediato.

Por isso se faz importante "uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração"(*ROSENBERG,* 2006. p. 21.), ou como Rosenberg mesmo disse, a uma comunicação compassiva, com uma percepção mais aberta para receber/ouvir as palavras/expressões do outro.

Somente quando conseguimos nos comunicar de forma compassiva, escutando o outro e nos permitindo expressar tudo que realmente é sentido é que se consegue perceber os relacionamentos por um outro enfoque, que antes não era obvio ou percebido pelas partes, o que pode trazer muita clareza à respeito dos sentimentos envolvidos no conflito.

Neste sentido é que age o mediador: como um foco de luz que auxilia ou que faz brilhar a luz da consciência nos pontos que antes eram obscurecidos. E é a partir daí que iniciam a serem compreendidos e identificados os reais e verdadeiros desejos que, pela má comunicação, geraram aquele conflito.

Para que se possa organizar os sentimentos e as idéias colocadas em forma de palavras pelas partes, faz-se necessário: demarcar as observações feitas por ambos (ou por todos os participantes dos conflitos – visto que não há um número restrito); os sentimentos expostos (quais são em relação a que ou a quem, se são profundos e se precisarão de um trabalho de resgate mais bem trabalhado - em mais sessões); identificar as necessidades reais e diferenciar do pedido feito, visto que os sentimentos, por vezes "inflamados" tendem a pedir muito mais do que o necessário e nem sempre este pedido "excedido" é realmente o que é desejado e por conta disso, não irá sanar o conflito e os desgostos ainda vívidos.

O papel do mediador dentro de uma "comunicação não violenta" é de fazer tudo que puder para que os outros saibam que os únicos interesses são a harmonia, a paz e a solução do conflito. Assim,

unidos nesta esfera de sentimentos, eles conceberão esta ideia e se unirão aos mediadores, sendo contaminados pela mesma vontade de atrair um bom *animus*: uma relação harmoniosa uns com os outros para construir uma solução salutar e satisfatória para todos. (ROSENBERG, op. cit., p. 24.)

Este método é, na verdade, a forma de exteriorizarmos e materializarmos em atos, o que assume a propriedade fundamental da consciência: a sua intencionalidade. Este procedimento é permanente e irrecusável, visto a necessidade do desenvolvimento da maturidade que a vida nos impõe. Conforme diria Paulo Freire, a consciência é absorve tudo que está forma dela, que a circunda. A consciência é o entendimento no seu sentido máximo das generalidades, "tal é a raiz do método, assim como tal é a essência, da consciência, que só existe enquanto faculdade abstrata e metódica. (FREIRE, 1987. p. 41)

É deste modo que, ao alcançarem este saber da realidade na reflexão e na ação em comum, as partes se descobrem como seus refazedores permanentes, como se fosse um verdadeiro despertar de consciência.

Deste modo, a presença dos oprimidos na busca de sua libertação, mais que pseudo-participação, é o que deve ser: engajamento.

Neste sentido, Warat refere que "O aprender é antes de tudo uma questão de linguagem, enquanto captura o encanto de um imaginário que nos acaricia. Para que um sujeito aprenda a viver, as palavras devem seduzir (capturar o corpo)".(WARAT, 1985b, p. do ponto 5.10.)

Desta forma, Warat introduz a mesma realidade com uma forma diferente de expressão, como se a fala fosse um poder que todo ser humano tem e que não sabe utilizar, ou, de certa forma, utiliza de forma errônea e assim aumenta os conflitos que deveriam ser construtivos.

O referido autor ainda critica o que denomina de eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas, pois acabam por não colaborar de forma a garantir de forma eficaz essa melhora na comunicação dos conflitantes.

A Mediação visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entres os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.

Neste sentido compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Percebe-se que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais. A proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse seria a de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica onde a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um "nós". Isto é, partindo da concepção de que o oficio do mediador seria tornar visível o não-dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que para sua redução exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente surgem códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora. Pois situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem coloca-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para

produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Ai está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz.

Referências

AARNIO, A. 1987. The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justifi - cation. Dordrecht, Holland, D. Reiderl Publishing Company.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.) Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 02, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. 1975. Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Astrea, 277 p.

ALEXY, R. 1989. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discursoracional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 346 p.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 4 – Brasília: grupos de pesquisa, 2007.

AZEVEDO, Gustavo Trancho. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 02, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: A nova Mediação Paraprocessual, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: Uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 02, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARRETO, Vicente Paulo, Direito da Sociedade policontextural./ Vicentede Paulo Barreto, Francisco Carlos Duarte, Germano Schwartz. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2013.

BENTHAM, J. 1973. Fragmento sobre el gobierno. Madrid, Aguilar.

BERTASO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos, vol. 4; Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012.

BOBBIO, N. 1993. Teoria generale del diritto. Torino, G. Giappichelli Editore, 297 p.

CASTELAIN, Bernard. De l´autre coté du conflit: la médiation. Limal: Anthemis, 2013.

COSTA, Alexandre A. Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem, adjudicação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 03, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

CARNAP, R. 1964. Meaning and Necessity. Chicago, The University of Chicago Press, 258 p.

UNILASALLE CANOAS-RS

CASTORIADIS, C. 1997. Fait et à faire. Paris, Seuil, 281 p.

D´ANTIN, Martine Bourry; PLUYETTE, Gérard; BENSIMON, Stéphen. Art et techniques de la mediation. Paris: Litec, 2004.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. Qu´est-ce que la philosophie? Paris: Les Editions de Minuit, 1991-2005.

DELGADO, José et. al. Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DEUTSCH, Morton. The resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.

DWORKIN, R. 1986. Law's Empire. London, Fontana Press, 470 p.

DWORKIN, R. 2010. Levando os direitos a sério. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. 2002. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo, Atlas, 286 p.

FERRY, Luc. De l´amour: Une philosophie pour le xxi siècle. Paris: Odile Jacob, 2014.
FREIRE, Paulo. A importância do ato de ler: em três artigos que se completam. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989.

FREIRE, Paulo. Ação cultural para a liberdade. 5ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

FREIRE, Paulo. Extensão ou comunicação? Tradução de Rosisca Darcy de Oliveira, 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à 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, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

FREIRE, Paulo. Política e educação: ensaios. – 5. ed - São Paulo, Cortez, 2001.

GANDHI, Mohandas Karamchand. A roca e o calmo pensar. São Paulo: Palas Athena, 1991.

GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália. (Orgs.). Direito Contemporâneo em pauta. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: URI – Campus Santo Ângelo, 2012.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno [recurso eletrônico] / Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GOLEMAN, Daniel. Inteligência Social: O poder das relações humanas. São Paulo, Ed. Campus, 2007.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H.L.A. 2009. O conceito de direito. São Paulo, Martins Fontes, 399 p.

UNILASALLE CANOAS RS

KANUMA, Keiyo. Educação do renascimento. São Paulo: Ed. Seicho-no-ie do Brasil, 1999.

MOORE, Cristopher. O processo de Mediação, Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

KALINOWSKI, G. 1965. Introduction à logique juridique. Paris, Pichon et Durand-Auzias.

KELSEN, H. 1976. Teoria pura do Direito. Coimbra, Armenio-Amado, 484 p.

LATOUR, Bruno. La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d´État. Paris: La Découvert, 2004.
LEFORT, C. 1986. Essais sur le politique. Paris, Seuil, 331 p.

LEFORT, C. 2007. Le temps présent, Écrits 1945-2005, Paris, Belin, 10041 p.

LEMPEREUR, Alain; SALZER, Jacques; COLSON, Aurélien. Méthode de Médiation: Au coeur de la conciliation. Paris: 2008.

LUHMANN, N. 2007. La sociedad de la sociedad. México, Herder, 954 p.

LUHMANN, N. 1985. Sociologia do Direito –II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 212 p.

MacCORMICK, N.; WEINBERGER, O. 1986. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 229 p. http://dx.doi.org/10.1007/978-94-015-7727-4

MATURANA, H.R.; VARELA, F. 1996. El arbol del conocimiento: las basesbiológicas del conocimiento humano. Madrid, Debate, 172 p.

MISRAHI, Robert. La joie d´amour pour une érotique du bonheur. Paris: Autrement, 2014.

NONET, P.; SELZNICK, P. 2010. Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro, Revan, 174 p.

PARSONS, T. 2010. A estrutura da ação social. Petrópolis, Vozes, vols. I e II, 999 p.

PIKETTY, Thomas. Le capital au xxi siècle. Paris: Seuil, 2013.

RAWLS, J. 1980. A Theory of Justice. Cambridge, Harvard University Press, 461 p.

RAZ, J. 2012. O sistema do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 326 p.

REALE, M. 1968. Teoria tridimensional do Direito. São Paulo, Saraiva, 105 p.

ROSANVALLON, Pierre. Le Parlement des Invisibles. Paris: Seuil, 2014.

RESTA, Eligio. Direito Fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROBLES, Tatiana. Mediação e Direito de Família. São Paulo: Cone, 2009.

ROBLES, G. 1982. Epistemología y Derecho. Madrid, Pirámide, 310 p.

ROCHA, L.S. 2003. Epistemologia jurídica e democracia. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, 201 p.

ROCHA, L.S. 2005. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: L.S.

UNILASALLE CANOAS-RS

ROCHA; G. SCHWARTZ; J. CLAM, Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 9-48.

ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. 2009. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 148 p.
ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSENBERG, Marshall. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 1ª ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SAUSSURE, F. de. 1985. Cours de linguistique générale. Paris, Payot, 520 p.

SUPIOT, Alain. L´esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total. Paris: Seuil, 2010.

TEUBNER, Guinter. O Direito como sistema autopoiético. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

URY, Willian. Supere o não: negociando com pessoas difíceis, São Paulo, Ed. Best Seller, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

VERNENGO, R.J. 1976. Curso de Teoría General del Derecho. Buenos
Aires, Cooperadora del Derecho, 461 p.

VON WRIGHT, G. 1963. Norm and Action: A Logical Enquiry. London, Routledge & Kegan Paul.

WARAT, L.A.. O Direito e sua linguagem. Porto Alegre, Safe, 1985a. 120 p.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985b.

WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no Direito. Argentina: ALMED – Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Por quien cantan las sirenas. Joaçaba – SC: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

UNILASALLE
CANOAS-RS

CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO SUPORTE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Simone Schroeder[1]
Cláudia Ernst P. Rohden[2]

RESUMO: O presente trabalho realiza uma reflexão sobre os critérios para a manutenção ou não da medida protetiva e a utilização da mediação, como suporte adequado e necessário, nos casos de violência doméstica à luz da proporcionalidade. Objetiva pensar sobre a aplicação da Lei nº 11.340/2006, trabalhando a violência de gênero, enquanto transgressão de lei. Ponderar sobre novas políticas atinentes ao acompanhamento de casos apresentados nas Varas de Violência Doméstica, não só voltadas para a prestação de serviços, mas buscando estudar novas conformações de resolução de conflitos. O cerne da escrita está em refletir acerca da viabilidade da criação de mecanismos eficientes que possam contribuir para a resolução de conflitos, visando encontrar um ponto de equilíbrio na contenda que abarca a violência doméstica e seus reflexos no âmbito criminal. Dentro desse foco, conceber meios eficientes de evitar o conflito e/ou compor uma solução mediada, teria como consequência a redução do número de demandas, maior satisfação dos jurisdicionados e estabilidade social. Questionar de que modo o judiciário pode se estruturar como base que ampara os conflitos de violência utilizando a mediação como mecanismo para solucionar o conflito na audiência realizada, para o fim de manter ou não a medida protetiva.

PALAVRAS-CHAVES: Violência doméstica. Medida protetiva. Mediação.

LA SALLE UNILASALLE CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

Sousa Santos (1977, p. 177) aponta que a democratização da administração a justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política. A partir do recorte sociológico, o autor afirma que o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e da distribuição do direito, embora ele coexista com outros direitos que com ele se articulam de modos diversos. Todavia, salienta que é preciso pensar na diminuição da conflituidade social e jurídica a partir de outros meios, seja revendo o papel dos atores nos processos judiciais, seja criando novos mecanismos.

Neste sentido, o presente ensaio busca fazer uma reflexão sobre os critérios para a manutenção ou não da medida protetiva e a utilização da mediação, como suporte adequado e necessário, nos casos de violência doméstica à luz da proporcionalidade.

2 LEI Nº. 11.340/2006: UMA RETRATAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E ALGUNS APONTAMENTOS

A introdução da Lei nº 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro possibilitou a visibilidade do complexo fenômeno da violência doméstica, vivenciado por milhares de mulheres nas suas relações familiares e de intimidade. Promulgada a partir de uma sanção imposta ao Estado Brasileiro face à ineficácia de punição a um grave caso de violência de gênero, a nova Lei originou diversas questões polêmicas.

---

1 Advogada, professora da Uniritter/Laureate Universities, schroeder02@gmail.com
2 Advogada, professora da Uniritter/Laureate Universities. claudia_rohden@hotmail.com

Souza (2007, p. 35) aponta que a violência de gênero se apresenta de forma mais geral e abrangente, referindo-se aos diversos atos praticados contra a mulher a fim de submetê-la ao sofrimento físico, psicológico e sexual, e que extrapolam o âmbito intrafamiliar.

A aplicação sociológica de gênero surgiu na década de 60 e sua abordagem no campo do Direito ainda é muito recente, relembra Campos. Através das relações de gênero são distribuídos papéis distintos ao feminino e masculino, denotando uma maior valorização do sexo masculino. (CAMPOS, 2008, p. 249) Saffioti destaca que o caráter social e histórico do paradigma de gênero pode ser apreendido na frase de Simone de Beauvoir: "Ninguém nasce mulher: torna-se mulher". (BEAUVOIR, 1980, p. 9)

A autora sustenta que nesta frase é apresentada a primeira manifestação do conceito de gênero: deve-se aprender a ser mulher, pois o feminino não é dado pela anatomia ou pela biologia, mas por uma construção social. (SAFFIOTI, 1999, p. 160)

Na análise de Giordani, "O termo gênero pode ser compreendido como um instrumento, uma lente de aumento que facilita a percepção das desigualdades sociais e econômicas entre mulheres e homens". De acordo com a autora, essas desigualdades sociais e econômicas advêm da discriminação a que as mulheres foram submetidas ao longo da história. (GIORDANI, 2006, p. 99)

Na esteira desse pensamento, Chauí (1985, p. 35) vai além do conceito de violência de gênero como violação de normas, regras ou leis. Consoante à autora, a violência, por si só, é uma relação de forças onde um lado domina, enquanto o outro se coisifica. Nota-se, claramente, ser este quadro um retrato da realidade vivenciada pelas mulheres, na qual a família, a sociedade e a cultura as reconhecem como objeto que está a serviço dos demais.

O corpo social constitui-se ideologicamente, firmando a inferioridade da mulher perante o homem. Assim sendo, as representações da figura feminina se formam dentro de um (in)conformismo imposto pela ideologia dominante do mundo masculino. Essa visão de mundo absorvida acriticamente e engendrada através da nossa história gerou a moral construída no Estado, este entendido enquanto instituição. Assim, as diferenças de papéis entre homens e mulheres, que ultrapassava todo e qualquer grupo social, tinha como fim a garantia do conformismo pela ação reguladora da lei.

De modo que, o discurso jurídico, apesar de se apresentar como neutro, universal e científico, na realidade, trabalhava e se construiu (e constrói) no sentido de tornar normais e uniformes os comportamentos sociais ou de manter valores que assegurem a coesão do corpo social.

O direito é uma das formas mais explícitas de exercício do poder e, como tal, um instrumento de dominação. E, através desse instrumento de dominação há um processo de manipulação através da palavra que veicula saberes - apresentados como verdades inquestionáveis. A consequência de tal processo é o esquecimento de sua essência em favor da dominação.

Portanto, o alicerce da mediação está, em especial, no discurso do operador do direito, pois, através desse discurso, baseado na legislação, alcançará a escuta da sociedade, modificando seu modo de pensar e agir. Deve-se fugir da ideia de que precisamos de proteção. Temos que aprender a resolver nossas pendências satisfatória e adequadamente.

No litígio não existe "a verdade", mas "verdades" que podem ser individuais e não necessariamente universais e institucionais. Os sujeitos têm a sua verdade. Entretanto, através do processo de manipulação a eles imposto, normalmente o que ocorre são discursos homogêneos, no sentido de que estão a serviço da manutenção de "verdades" legalizadas pelo senso comum e/ou pela ordem institucional. E, nesse ponto, há de se trabalhar.

Foucault (1992, p. 184) mostra que o poder não é uma propriedade que se possui ou não. Não podemos separar de um lado os que detêm o poder e, de outro, os que dele estão privados. Assim, não existe o poder, mas práticas ou relações de poder, encontrando-se disseminadas em toda estrutura social. Em contrapartida, não existe o lugar da resistência, mas pontos móveis e transitórios que também estão distribuídos por toda a estrutura social. Dessa forma, o autor mostra que os indivíduos tanto podem estar em posição de exercer este poder quanto de sofrer a sua ação. Nunca são o alvo inerte ou consentido do

UNILASALLE CANOAS RS

poder, mas são simultaneamente "efeito de poder e seu centro de transmissão: "O poder passa através do indivíduo que ele constitui".

Uma das maneiras de assegurar a coerência entre poder e conduta é o discurso jurídico, uma vez que visa a produzir comportamentos e ordenar possibilidades previstas, obviamente, no quadro de limitações impostas pela própria sociedade. Para nós, a lei nada cria, apenas reproduz, num tipo de discurso específico e de poder explícito, aquilo que já se encontra efetivamente produzido e aceito pela sociedade (ou por determinados segmentos que a compõem) e que ela própria lhe faculta e autoriza. Em outras palavras, aquilo que acontece em termos de proibição e liberdade numa dimensão microestrutural e, em certa medida desagregada, corporifica-se no discurso jurídico, adquirindo uma dimensão macroestrutural e institucionalizada.

Rohden (2002, p. 204) quanto ao discurso, esclarece "diferente da pergunta-resposta informativa, para que aconteça um diálogo hermenêutico os parceiros devem "entregar-se a ele", em outras palavras, o discurso não termina naquilo que foi exposto, ele vai além do dito e do não dito. Acrescenta (p. 205)

> É condição do diálogo hermenêutico que seus parceiros desdobrem-se e se descubram nele. ... Pressuposto e exigência para ser produtivo é que os parceiros do diálogo aprendam reciprocamente e revisem seus pontos de vista. O diálogo hermenêutico fundamenta-se na exigência de que os parceiros descubram-se em seus pré-juízos, em suas decisões mais internas. Sem esta predisposição, sem esta abertura, um diálogo é ilusório. Caso alguém não se disponha a abrir-se ao jogo do diálogo, este não poderá se efetivar. ... Como a relação dialógica não é linear nem unilateral, os parceiros devem acompanhar o que cada um diz ao dialogarem.

Quando se trabalha com a legislação deve-se ponderar sobre os direitos humanos. Ruiz (2012, p. 49) destaca

> O pensamento contemporâneo dos Direitos humanos tem que lidar com o caráter histórico (e contraditório) do discurso. Superando as verdades dogmáticas dos princípios naturais, há de reinventar constantemente o sentido de suas verdades para legitimar-se como prática discursiva. Ele mesmo, enquanto discurso, não está isento de ser instrumentalizado pelos dispositivos de poder para legitimar situações contraditórias aos próprios direitos humanos.

Assim, pensar que a expressão "violência doméstica" surge nos anos 80, na área da saúde, na intersecção entre as violências perpetradas contra as mulheres e a violência intrafamiliar. Schraiber *et al* (2005, pp. 30-32) ressaltam que, de todos os diversos contextos em que ocorre esse tipo de violação, o familiar seria o mais recorrente e relevante. Porém, é nos anos 90 que ganha força política a expressão "violência de gênero" que, quando analisada no âmbito doméstico, representa a radicalização das desigualdades na relação entre homens e mulheres. Diante de outras violências, a questão de gênero não parece ser uma violência como as outras, o que ocasiona o problema da sua invisibilidade.

Silveira e Nardi (2014, p. 115) afirmam que além da questão econômica, historicamente, "os padrões de relacionamento familiar, tradicionalmente hierarquizados, patriarcais e racistas, pautaram-se em práticas violentas, seja para educação dos filhos/as, seja para correção de esposos e escravos/as. Assim, os autores trazem a reflexão quando discutem acerca da violência doméstica contra mulheres, ao inferir que não é possível esquecer que o recurso a comportamentos agressivos, sejam físicos e/ou verbais, nem sempre é classificado como "violência", dificultando o reconhecimento do que deve ou não ser categorizado como violência doméstica (p. 115). De outra parte, Silveira e Nardi contribuem para uma ponderação, também, acerca da violência contra crianças estando presente nas famílias brasileiras. Neste passo, a mulher não aparece na condição de vítima, mas também como mãe que usa da violência como forma de poder sobre sua prole.

UNILASALLE CANOAS-RS

Aliás, tais formas pelas quais a violência no âmbito privado se manifesta, seja restringindo a liberdade, a dignidade ou o livre movimento, representam uma violação aos direitos humanos das mulheres, sujeitos dessa relação de opressão. (SAGOT, 2007, p. 25) Em relação à invisibilidade da questão de gênero, Schraiber *et al* (2005, p. 33) esclarecem:

> Há muitas situações de violência no dia a dia das mulheres e a frequência com que as situações ocorrem é muito alta. De um lado, por essa alta frequência a ponto de tornar-se algo comum, corriqueiro [...] de outro, por ser de gênero, tendo por base a submissão feminina - o que tem sido culturalmente criticado, mas ainda prevalece nas relações entre homens e mulheres -, essas situações de violência não são valorizadas como problemas sociais ou de saúde. No máximo, seriam problemas individuais, de cada mulher.

Ainda neste aspecto, os autores comentam que, como parte do coletivo feminino, cada mulher compartilha com as demais uma posição de menor valor e, consequentemente, de menor poder social, na qual se incluem os poderes de ação e/ou expressão.

O entendimento sobre a questão de gênero e sua invisibilidade significa, portanto, a falta de reconhecimento de certos acontecimentos como pertencentes à sociedade como um todo. A violência de gênero, na visão de Schraiber *et al*, seria uma questão social que apresenta um alto grau de complexidade e dificuldade, pois, apesar de ser uma violência, não é como qualquer outra. Por um lado, deve ser passível de sanções que regulem a violação dos direitos e das leis; por outro, deve se constituir num objeto de intervenções que auxiliem na melhora do convívio social e privado das pessoas. (SCHRAIBER, 2005, p. 35)

Uma dura realidade se configura como um desafio aos gestores das políticas públicas voltadas às mulheres, pois as desigualdades de gênero continuam presentes no dia a dia de milhares de vítimas. De outra parte, Silveira e Nardi (2014, p. 115) pontuam também, a necessidade de "enfrentar um marcador racial e econômico na compreensão das múltiplas violações de direitos, sendo imprescindível para reverter a forma como a desigualdade material dificulta o acesso à justiça e os diversos serviços públicos".

Neste passo, a reflexão consistiria no atendimento aos casos de violência doméstica, apesar da contextualização da violência contra as mulheres, cujo marcador racial e econômico seria o foco de preocupação a ser trabalhado, em alguns casos.

No entanto, elege-se alguns critérios para tal análise, a fim de trabalhar com novas políticas não somente voltadas para a prestação de serviços, mas para aprimorar a capacidade com eficiência deste serviço, não somente aplicando medidas protetivas, mas pensando e atuando com novas políticas, acompanhando os casos judiciais apresentados nas Varas de Violência Doméstica. Assim, além de novos modelos de resolução de conflitos, devemos cogitar sobre experimentos organizacionais, impondo, segundo Ricardo da Silva (2012, p. 48), uma agenda de gestão contemporânea, pensando na resolução de conflitos por meio da mediação.

3 MECANISMOS ADEQUADOS: A MEDIAÇÃO COM OUTRO OLHAR NA VARA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

A partir deste recorte, vislumbra-se que os novos artigos inseridos no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em relação à mediação culminaram no sentido de ampliar e incentivar o uso de conciliação e mediação[3].

---

3 CPC, Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. §1º A composição e a organização dos centros serão definidos pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. §2º O conciliador, que atuará

Apesar da vigência da nova legislação processual é preciso refletir acerca da efetividade da mediação judicial, bem assim se os mecanismos criados pela lei[4] são eficientes para corroborar com a resolução de conflitos e, encontrar um ponto de equilíbrio na controvérsia, que envolve a violência doméstica e seus reflexos, no âmbito criminal.

Nordenstahl (2010, p. 102) salienta que são várias as causas que afetam o sistema familiar e, que determinadas condutas podem estar tipificadas em lei mas, que tal ação, enquadrada em lei, talvez, aquela ação não seja a pretendida pelas partes e, quando de sua ocorrência podem causar maior dano para a família.

Acrescenta que, nos casos de violência doméstica o mediador deve determinar as ferramentas que utilizará, porquanto é necessário esclarecer quais são as variantes que estão interferindo no relacionamento da família para adequar e verificar a metodologia apropriada. Conclui:

> De este modo, la mediatión passa a ser uno de los instrumentos de intervención posibles, tanto como lo terapêutico a la medida de coerción determinada por la autoridade jurisdicional. Eso dependerá, como dijimos, del caso concreto, de la situación de las partes, del conflicto em sí mismo. [5] (NORDENSTAHL, 2010, p. 102)

Defende-se aqui que a violência não pode ser mediada, todavia, os sentimentos, ações, interesses, que permeiam as relações, são possíveis de reflexão e trabalho na mediação.

A mediação intenta

> responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade e da outridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma comunicação de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses dos envolvidos e conduza à paz social. (TORRES, 2005, p. 171)

E, propõe, segundo Splenger (2016, p. 26) ser

> um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que podem refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes.

Dentro desta perspectiva, a criação de meios eficientes de evitar o conflito e/ou compor uma solução mediada, teria como consequência a redução do número de demandas, maior satisfação dos jurisdicionados e estabilidade social. No entanto, verifica-se que uma das contribuições, por meio da mediação pode ser instaurada na Lei de Violência Doméstica, porque, hoje, mesmo sem ouvir o acusado o magistrado já defere a medida protetiva, em razão da determinação legislativa. Entretanto, na segunda audiência, marcada para a oitiva dos envolvidos, o juiz decidirá acerca da manutenção ou não da medida

---

preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferentemente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

4 Vide art. 165 a 175, do Código de Processo Civil.

5 Desse modo, a mediação passa a ser um dos instrumentos de intervenção possível, tanto como terapêutico a uma medida de coerção determinada pela autoridade jurisdicional. E isso dependerá, como dissemos, do caso concreto, da situação das partes, do conflito em si mesmo.

UNILASALLE CANOAS RS

protetiva. Destarte, importa sejam pensados em critérios proporcionais que possam refletir: as situações em que a medida poderia ser mantida ou se já teria se esvaziado.

De um lado, sabe-se da problemática e apelo recorrentes nos índices de violência, a inserção de mais dois novos julgadores nas varas de violência doméstica no Foro Central de Porto Alegre/RS e ainda, o aumento de ocorrências contendo relatos com inúmeros fatores que envolvam a violência em relação à mulher em número elevado, aproximando-se de mais de oito mil processos, em relação a cada uma delas. De outro lado, sabe-se da situação de vulnerabilidade, mas também, se constata casos em que não chega a ser evidenciada como uma violência contra a mulher, tratando-se de falsas imputações, utilizados, também, como mecanismos de intimidação e/ou aproximação/afastamento do familiar ou mesmo, por receio em poder gerenciar os conflitos no âmbito civil.

A proposta, então, é pensar quais seriam os critérios para aplicar a forma de entendimento entre os envolvidos pela mediação - na situação fática vislumbrada; fazer uso de uma equipe multidisciplinar, que seja realizado um mapeamento estruturado, permitido o uso das técnicas e meios para que os envolvidos consigam resolver o seu conflito. Tais enfrentamentos merecem uma atenção especial; ao se utilizar o judiciário como uma estrutura que ampara os conflitos de violência, não como protagonista do processo, como julgador em si mesmo, mas oferecendo novas máximas, para atender ao usuário com a criação de uma equipe multidisciplinar antecipada, que utilize a mediação como mecanismo para solucionar o conflito na audiência realizada, para o fim de manter ou não a medida protetiva.

O judiciário deve aproximar-se das questões de fundo, sem ser o ator principal deste processo, mas um facilitador institucional, que garanta tal proximidade com intuito de minimizar e tentar atender ao jurisdicionado, com a equipe dirigente de mediadores que podem amparar as partes, na segunda audiência. A escuta qualificada da equipe e a participação dos mediandos faria que todos os envolvidos pensassem se, realmente, aquela medida precisa ser mantida ou não. Então: quais são os critérios que poderiam ser utilizados como projeto piloto para garantir maior efetividade e amenizar os ruídos de comunicação, que as vezes abarrotam o poder judiciário, com uma imputação de uma conduta que não encontra qualquer tipificação penal ou, ao menos, não revele grave ofensividade, mas merece uma aproximação das partes.

De outro lado, se evidencia, uma outra perspectiva, trazida pelo Conselho Nacional de Justiça; através da Resolução nº 125 ao trabalhar o novo Acesso à justiça e concluir que ter acesso à justiça não deve ser confundido com acesso ao judiciário, mas perceber que o acesso à justiça tem maior significado quando há satisfação do usuário, dependendo da percepção que o procedimento adotado foi justo e que se houver a participação do usuário na seleção dos processos a serem utilizados aumenta significativamente a percepção de justiça[6]. Sendo assim, questiona-se, o que podemos pensar na construção da efetividade da Lei Maria da Penha, buscando minimizar o conflito?

Sabe-se que para haver uma proposta de diálogo, precisamos verificar quais as possibilidades de adaptabilidade às exigências do processo ou até mesmo da possibilidade de diálogo e de uma escuta entre ambas. A efetividade da mediação não fica atrelada ao Poder judiciário, ela precisa multiplicar-se, mas precisa, também, atender de modo diferenciado, a problemática que envolve as mais diversas classes sociais?

Isto significa dizer, que os juízes protegem e ampliam o acesso à justiça, mas por meio de um acompanhamento ao ponderar quais as possibilidades de manter ou retirar uma medida protetiva nos casos de violência doméstica, com o aporte da mediação. Para Garapon (2001, p. 261),

---

6 Percepção pensada e discutida por Boaventura de Sousa Santos quando assegura que é necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, gerido pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais; que garanta a igualdade do acesso à justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais. SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade, 4º ed. São Paulo: Cortez. 1977, p.177.

UNILASALLE CANOAS-RS

> ... o importante não é tanto estabelecer os erros do passado quanto preparar o futuro, isto é, permitir a cada um refazer ou continuar a sua vida. Estas duas leis preferem, de seguida, o acordo à decisão imposta, sempre que possível. O juiz retira-se na ponta dos pés de certos conflitos, concebendo de futuro a sua intervenção como subsidiária. A intervenção do terceiro, dramatizada pelo processo, torna-se secundária em relação a uma justiça do frente a frente.

Talvez, possa-se resguardar de maneira eficiente, a aproximação das partes, não o distanciamento que gerou a medida protetiva inicial, determinada pela lei, mas que pudesse minimizar o conflito nas Varas de Violência Doméstica.

De acordo com Warat (2004, p. 26) mediar é tão simples, que passa despercebido. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode intervir no conflito, deve transformá-lo. Ele tem que intervir sobre o sentimento das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação.

Aliás, afirma Salo de Carvalho (2010, p. 251-252) que um modelo de justiça que se pretenda democrático não pode impor um procedimento que tem nos operadores jurídicos – representantes do Estado – os únicos interessados na resolução do conflito. Para o autor, o conflito é das pessoas, e a elas deve ser devolvido, para que não vire mera burocracia sem sentido, fim em si mesmo. Com a interferência direta das partes na formulação das decisões, uma verdadeira construção coletiva da justiça se torna possível e, com isso, viabiliza-se um efetivo acesso à justiça aos interessados. Fator já mencionado em 2013, através da Emenda n.1 foi instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meio adequados à sua natureza e peculiaridade.

Warat refere que, o objetivo da mediação como terapia do reencontro[7] é a procura de modos de expressão e de sensibilidade comuns, para uma experiência compartida de transformação e de produção de diferenças, que nos permitam reencontrarmo-nos como pessoas e estabelecermos a autonomia no conflito. (2004, p. 77)

4 PENSAR E REFLETIR ACERCA DOS CRITÉRIOS PARA A MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA: A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO SUPORTE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Com a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, se começa criar a necessidade de os tribunais, magistrados, operadores do direito, em geral, abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – ou seja, é dada nova roupagem ao papel do operador do direito, há necessidade do diálogo, do agir dialogicamente, ouvir o outro. A problemática consiste em: Como deve abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo? Dessa forma, verifica-se que o magistrado passa a ser um pacificador, em razão de existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa, na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos. Todavia, diante da Lei nº 11.340/06, em alguns casos, também, se verifica a disputa entre as partes, os atritos, ressentimentos, raiva, orgulho carregados de emoção e de frustração. Em muitos relatos, se percebe o discurso unilateral, utilizado como mecanismo para afastar-se do outro do convívio.

---

7 Na percepção de Warat a terapia do encontro seria capaz de influenciar sobre essas relações para modificar a pessoa e modificar seus conflitos. Parte-se da ideia de que a pessoa tem uma reserva de recursos não empregados que, através da sensibilidade, a terapia pode trazer à tona. Vide WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Bouteux, 2004, p. 77.

UNILASALLE CANOAS-RS

Assim, como dirimir tais questões quando se vislumbra um gradativo aumento das situações envolvendo violência doméstica, a partir da concepção ampla trazida pela lei ao estabelecer o que abarca a violência.

Rogério Sanches Cunha (2008, p. 21), ao analisar a Lei Maria da Penha extraiu do gênero da violência comum uma nova espécie, qual seja, toda espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher em determinado ambiente doméstico, familiar ou de intimidade baseado em gênero (preconceito, discriminação, em razão do sexo) que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art. 5º). Trata-se de "qualquer ato, conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação tendo por objetivo puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papeis estereotipados ligados ao sexo, ou recusar-lhe a dignidade, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua capacidade física ou intelectual".

No entanto, se defende que as medidas protetivas devam ser aplicadas e observadas com cautela, e com a devida proporcionalidade, adstritas à necessidade. Assim, se a medida protetiva que visa a proteção da mulher vulnerável, acaba sendo extremamente severa, porque é preciso observar se há possibilidade de gerar uma ação penal, porque se há o esvaziamento quer no âmbito doloso, bem como no culposo, a medida protetiva aplicada pode ser mais severa que uma ação penal que a outra parte sequer responderia, por que não há fato típico.[8] A título de ilustração, a discussão entre duas mulheres; a companheira e a ex-companheira do suposto autor dos fatos e a inação do autor, por não ter agido, acarretou a manutenção da medida protetiva. No caso concreto, a medida protetiva aplicada, seria extremamente desproporcional, por três máximas, veja-se: A uma, porque ela não é adequada, na medida em que a discussão era entre a companheira atual e a ex- companheira, e sequer pode atingir um fim, pela inação do réu. A duas, ela não é necessária, porque a medida protetiva acaba sendo mais restritiva do que uma futura ação penal inepta, por falta de tipicidade. E, a três, a proporcionalidade em sentido estrito, em que o pronunciamento do julgador ao aplicar a medida protetiva é mais severa e prejudicial, que a suposta menção, objeto da ocorrência policial. Aliás, há uma atipicidade, porque não há qualquer delito, sequer em tese.

Em alguns casos, Fisher e Ury (1994, p. 24), aponta que:

> a barganha posicional converte-se numa disputa de vontades e a tarefa de conceber conjuntamente uma solução aceitável tende a se transformar numa batalha. A raiva e o ressentimento são um resultado frequente quando um dos lados se percebe curvando-se a rígida vontade do outro, enquanto seus próprios interesses legítimos são postos de lado.

Assim, a barganha posicional tensiona e, por vezes destrói o relacionamento entre as partes. Neste sentido, há uma preocupação de estabelecer critérios para a manutenção ou não da medida protetiva na audiência marcada, atentos a Lei Maria da Penha.

De outra banda, no âmbito penal, sabe-se que os crimes de menor potencial ofensivo (os crimes com pena máxima de até (02) dois anos e as contravenções penais), teriam a possibilidade da obtenção de transação penal ou composição civil, segundo a Lei nº 9.099/95. E, nos crimes com pena mínima (até 01) um ano ou cuja cominação prevê somente "ou multa", em abstrato, também teria a possibilidade de suspensão condicional do processo, fulcro no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Contudo, tais regras não atingem a Lei de Violência Doméstica, em razão do art. 41 da Lei nº 11.340/06 mencionar que tais medidas de política criminal não são aplicadas na referida lei, especial.

---

8 HC em que foi concedida a ordem ao paciente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que a medida protetiva seria mais severa que uma ação penal, porque sequer em tese, houve delito. HC n. 70059168393 n. CNJ 0109402-21.2014.8.21.7000. Julgado em 07 de maio de 2014-TJRS.

UNILASALLE CANOAS-RS

Também, na lei penal, há outro dispositivo legal que não permite penas alternativas à prisão. Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou com pena superior a 04 anos os réus não teriam a possibilidade de penas restritivas de direito, porque estaria sendo violado o art. 44 incisos I, II e III do Código Penal. Veja-se: os requisitos do inciso I do referido artigo para a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: Art. 44 Código Penal. Se o crime for doloso:

> *ART. 44 I. Quanto à pena*: Pena privativa aplicada não superior a 04 anos (inc. I do art. 44 do CP) *Quanto ao delito*: Que o delito não seja praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. (inc. I do art. 44 do CP).

No que tange aos delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa há alguns doutrinadores que entendem que embora o delito seja praticado com violência ou com grave ameaça à pessoa, mas que sendo classificados como de competência do Juizado Especial Criminal (JECrim), o julgador poderia fazer uso da substituição de pena, embora haja presença da violência. No entanto, a discussão dos tribunais estaria em excepcionar tal fundamento em casos em que os crimes erigidos com ameaça à pessoa, seriam graves? Qual ameaça que não seria grave ou toda ameaça por si só, seria grave? Em que pese tais questionamentos no âmbito penal, tais vedações estão presentes na lei que rege a violência doméstica. Sendo assim, se tem que refletir quais seriam os critérios que poderiam ser ventilados para uma mediação ser aplicada - na segunda audiência. Será que trabalhar os seus efeitos no direito penal?, verificar somente as contravenções penais que estariam nestes relatos, como vias de fato, perturbações de tranquilidade, ou seja, casos que envolvessem contravenções penais, para serem mediados? Ou abarcaria, também, casos que são construídos em problemas vinculados com disputa de atenção de filhos, frustração no término da relação de afeto?

Talvez, um dos mecanismos seja permitir que uma equipe de mediação esteja presente, na segunda audiência e participe-, ali como observador destas questões, passando a audiência a ser um encontro das partes para buscar separar a pessoa do problema. Uma regra empírica útil[9] consiste em dar aos seres humanos do outro lado um apoio positivo de intensidade igual ao vigor com que o outro enfatiza o problema. Negociar com firmeza em prol de seus interesses não significa fechar os olhos ao ponto de vista do outro lado.

Muito pelo contrário, refere Fisher e Ury (1994, p. 73 – 74), "dificilmente se pode esperar que o outro lado dê ouvido a seus interesses e discuta as opções que você sugere se você não levar em conta os interesses dele e mostrar-se acessível a suas sugestões". Assim, conclui o autor, "a mediação bem sucedida exige que seja firme e aberta".

Dessa forma, os critérios para a mediação agir deveriam ser mais simplificados, ou seja, atrelados a meros relatos do cotidiano, que não se prestem a qualquer tipo penal, demonstrando apenas vias de fato, que seria uma mera contravenção penal, por exemplo. Crimes cometidos sem violência, consistentes em afirmativas que possam apenas retratar situações do cotidiano, sem violência. Ora, se no Código Penal o crime é cometido com violência não é possível aplicar penas alternativas à prisão, mas todos os outros delitos podem, assim, quais as melhores inserções que poderiam ser aplicadas na lei Maria da Penha?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

9 Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.Leia mais: http://jus.com.br/artigos/18764/o-artigo-41-da-lei-maria-da-penha-e-ate-onde-pode-chegar-a-evolucao-da-interpretacao-jurisprudencial-a-ele-conferida#ixzz3BtMhMRvR

UNILASALLE CANOAS-RS

Conclui-se a importância do discurso sociológico e jurídico a defender e trazer em seu cerne a mediação como forma adequada para resolução dos conflitos, compreender a necessidade de pensar em construir uma rede colaborativa de trabalho para solução adequada dos conflitos, em especial, criar mecanismos que estimulem aos envolvidos no litígio a colaborarem, olharem para si mesmos e pensarem em prosseguir com suas vidas, sem pendências, contribuindo e decidindo suas questões. Acredita-se que apesar da tentativa em construir critérios de inserção da mediação junto as Varas de Violência Doméstica – as relações ali tratadas se dão no âmbito familiar, em relações continuadas, portanto, entende-se que, possível e aconselhável pensar quais as melhores medidas, e se efetivamente a sua utilização, seria transformadora, inclusive, nos relacionamentos.

Reflexos que seriam observados, certamente, na redução de demandas ao judiciário, no tempo do processo, na satisfação dos envolvidos, que se tornam não só partícipes para a solução das contendas e controvérsias, mas protagonistas e responsáveis pela sua solução. Assim, é preciso pensar a reconstrução simbólica do conflito e articular um novo passo; a mediação trabalhando o encontro.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo – A Experiência Vivida. Rio de Janeiro, 1980.

BOAVENTURA, Sousa Santos. Democratização da justiça. Pela Mãe de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 4.ed, São Paulo: Cortez, 1977.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n.73, jul./ago.2008.

CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: CHAUÍ, Marilena; CARDOSO, Ruth; PAOLI, Maria Célia (Org.). Perspectivas antropológicas da mulher. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FISHER, Roger, URY, William, PALTON, Bruce. Como Chegar ao Sim. A negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro. Imago, 1994.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1992.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em Democracia. E a justiça será. Lisboa: Piaget, 2001.

GIORDANI, Annecy Tojeiro. Violências contra a mulher. São Paulo: Yendis, 2006.

NARDI, Henrique Caetano, SILVEIRA, Raquel da Silva, MACHADO, Paula Sandrine (Org.). Diversidade Sexual, Relações de Gênero e Políticas Públicas. Porto Alegre: Sulina, 2014.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. Mediación Penal: de la práctica a la teoría. 2. ed. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo de. Gestão Pública. Democracia e eficiência. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RUIZ, Castor Bartolomé. Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas. In: ASSY, B.; MELO, C. de C.; DORNELLES, J.R.; GÓMES, J.M. Direitos humanos: justiça, verdade e memória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth. I. B. Primórdios do conceito de gênero. Cadernos Pagu, São Paulo, n.12, 1999, p. 160 (157-163). Disponível em: http://www.maismulheresnopoderbrasil.com.br/pdf/Sociedade/Primordios_do_Conceito_de_Genero.pdf>. Acesso em: 26 de ago. de 2014.

SAGOT, Montserrat. A Rota Crítica da Violência em Países Latino-Americanos. In: MENEGHEL, Stela Nazareth (Org.). Rotas Críticas – Mulheres enfrentando a violência. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 2007. SCHRAIBER, Lilia Blima et al. Violência dói e não é direito. São Paulo: UNESP, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher. Curitiba: Juruá, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis, Fundação Bouteux, 2004.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A MEDIAÇÃO ENQUANTO EXERCÍCIO HERMENÊUTICO

Cláudia Ernst P. Rohden[1]
Luiz Rohden[2]
Marco Antonio Azevedo[3]

RESUMO: Mediadores são agentes cuja função primordial é propiciar aos mediandos/as o empoderamento capaz de ensejar a resolução de suas divergências. Mas quais competências é preciso possuir para ser um *bom* mediador? Mediadores competentes são agentes capazes de: acolher os mediandos/as, recontextualizar sua narrativa, identificar propostas implícitas, silenciar quando necessário, realizar sessões individuais, incentivar a troca de papeis, gerar opções, normalizar, organizar as questões abordadas, dar enfoque prospectivo à situação, efetivar testes de realidade e apresentar perguntas orientadas com vista às soluções. É claro que essas competências exigem do mediador que preserve uma atitude de imparcialidade frente aos envolvidos. Neste artigo, sustentaremos que, ao lado da imparcialidade, a mediação exige dos mediadores competência e maturidade empáticas. Sabe-se que uma das responsabilidades principais do mediador é propiciar um espaço em que a mediação possa ocorrer em meio ao conflito, um espaço no qual os mediandos/as consigam expressar e comunicar suas diferenças buscando, não obstante, a realização do acordo. Não cabe, assim, ao mediador oferecer respostas diretas aos mediandos/as. Um mediador que dá valor imparcial aos interesses dos envolvidos num conflito é um agente positivo. Ele deve ser capaz de, por exemplo, transformar uma sugestão em uma pergunta que impulsione soluções consensuais às controvérsias. Deve ser alguém que cuida para que o ambiente seja acolhedor, de modo que a percepção das partes não seja afetada por circunstâncias capazes de estimular o distanciamento e não sua proximidade. Nesse aspecto, o papel do mediador é essencialmente o de um *hermeneuta*. Hermes, patrono da hermenêutica, é o deus que faz a mediação entre os deuses e os humanos, é aquele que procura levar de uma a outra margem as notícias, é aquele que cria caminhos e soluções para partes que se encontram distantes entre si. Um modelo estrutural exemplar da hermenêutica de compreensão e proposta de solução de conflitos é o diálogo. O hermeneuta possui uma postura dialógica na qual procura se colocar na posição do outro, a fim de entender o problema e propor um acordo apropriado. Mediante o diálogo, cria-se um intercâmbio efetivo entre os envolvidos no conflito, de modo a solucioná-lo segundo o parâmetro do mais justo naquele momento. E sendo seu desafio criar a oportunidade para a emergência de um acordo genuíno, o mediador precisa ser alguém capaz não apenas de assumir uma posição imparcial, mas também alguém capaz de reconhecer e até mesmo de identificar-se com a posição de cada um dos mediando/as. Precisa adotar, com efeito, o que o filósofo Stephen Darwall chama de "atitude de segunda pessoa", uma atitude que exige não propriamente *simpatia* com as partes, mas *compreensão empática.* A empatia é uma capacidade humana ímpar. Ela se distingue da simpatia ativa e do consolo simpático. Parece, assim, bastante plausível que os mediadores devem comportar-se de forma empática. Afinal, sua função não é jurisdicionar, mas viabilizar acordos em meio a conflitos, porém, sem prejudicar direitos. Com efeito, mediadores competentes são agentes que adotam positivamente uma atitude tanto de imparcialidade como de compreensão hermenêutica genuinamente empática.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Hermenêutica. Empatia. Diálogo hermenêutico. Imparcialidade.

1 INTRODUÇÃO

1 claudia_rohden@uniritter.edu.br. Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate Universities
2 rohden@unisinos.br. Universidade do Vale do Rio dos Sinos
3 mazevedogtalk@gmail.com. Universidade do Vale do Rio dos Sinos

UNILASALLE CANOAS RS

Conjecturar acerca da mediação, enquanto uma arte, implica compreendê-la como um processo de criação de algo, no caso, de um acordo ou solução para determinado conflito. Nesse horizonte, além da consistência do processo criativo, é de fundamental importância uma reflexão[4] sobre a função e as habilidades específicas do mediador. Mediadores são agentes cuja função primordial é propiciar aos mediandos/as o empoderamento capaz de ensejar a resolução de suas divergências. Mas quais são as competências próprias de um *bom* mediador?

Juan Carlos Vezzulla (1998, p. 47) sustenta que uma das maneiras mais eficazes para caracterizar o mediador é "dizendo o que ele não é". Segundo Vezzuella, o mediador é um "terceiro neutral". Ele conduz o processo, mas não é ele quem decide. Em outras palavras, ele precisa assumir uma atitude de neutralidade. Por outro lado, ele deve ativamente propiciar a participação das partes, incitando-as a adotar uma atitude positiva, buscando soluções que se ajustem a seus interesses comuns ou divergentes. Afinal, diz ele, "ninguém sabe mais do que as próprias partes para decidir sobre si mesmas".

Esse terceiro "neutral", ou *terceiro imparcial*, é quem pode propiciar às partes a realização de uma comunicação produtiva, para que, de forma consensual e organizada, os envolvidos na discórdia mantenham uma relação continuada.[5]

Na mesma perspectiva, o Manual de Mediação Judicial assinala que "um mediador competente pode ser definido como aquele que consegue desenvolver uma habilidade de aplicação de uma teoria autocompositiva[6] com postura e atitudes adequadas" (BRASIL, 2015, p. 84). Vezzulla salienta, por sua vez, que há três aspectos que o mediador não pode deixar de exibir em sua atividade: primeiro, ele deve sempre centralizar as discussões nos problemas e nunca nas pessoas (em outras palavras, críticas *ad hominem* devem ser sempre evitadas); segundo, ele deve procurar tornar os interesses das partes transparentes, evitando, porém, que o diálogo se concentre no "discurso infértil" em defesa de cada posição; e, terceiro, ele deve prestar atenção às emoções dos clientes, apontando-as sempre que possível, a fim de essas emoções possam ser usadas de forma positiva na busca de interesses produtivos e reais, evitando, porém, que elas bloqueiem o processo de mediação (VEZZULLA, 1998, p. 49).

Não basta, assim, que o mediador conheça a teoria sobre o processo de mediação para que esteja apto a realizar as mediações a contento; não lhe é suficiente apropriar-se de técnicas ou fórmulas para resolver conflitos porque as situações humanas envolvendo conflitos não são uniformes, embora haja semelhanças entre eles. Para que cada uma das sugestões de Vezzulla encontre espaço na prática, é preciso que o mediador não apenas domine a teoria, mas que as exercite na prática. Em outras palavras, a mediação pressupõe uma aliança entre o mundo "ideal" e o "real". A arte da mediação requer dos mediadores conhecimentos teóricos específicos, porém, aplicáveis a casos concretos. É por essa razão que o Conselho Nacional de Justiça recomenda a adoção de treinamentos baseados em competências (BRASIL, 2015, p. 83-84).

Mas quais seriam essas competências? Ora, como o foco central da mediação é facilitar o diálogo entre as partes, a fim de que estas percebam a vantagem e alicercem a construção de um acordo que respeite os direitos dos envolvidos no impasse, a imparcialidade apenas não pode ser a única competência do mediador. Uma atitude de pura imparcialidade ou "neutralidade" poderia resultar no

---

4 "Reflexão significa movimento de volta sobre si mesmo ou movimento de retorno a si mesmo. A reflexão é o movimento pelo qual o pensamento volta-se para si mesmo, interrogando-se a si mesmo" (CHAUÍ, 1999, p. 14).

5 Afinal, a mediação pressupõe, no mais das vezes, relações continuadas.

6 Entende-se que a mediação trata-se de "uma forma de autocomposição assistida, ou seja, são os próprios envolvidos que irão compor o conflito, mas com a presença de um terceiro imparcial – o mediador – que não deve influenciar ou emitir juízo de valor ou persuador as pessoas ao acordo. Durante o processo de mediação, existe a preocupação de (re) criar vínculos, estabelecer um diálogo e transformar e prevenir novos conflitos" (CATARINA, 2012).

UNILASALLE CANOAS-RS

estímulo à ausência de acordo. Soluções em meio a conflitos são sempre difíceis. Elas envolvem superar resistências. A neutralidade pura pode, assim, solapar os objetivos da mediação, a não investir em uma solução dialogada ao conflito. Assim, ao lado da imparcialidade, a mediação exige dos mediadores também competência hermenêutica e maturidade empática.

As razões são as seguintes. Sabe-se que uma das responsabilidades principais do mediador é propiciar um espaço para que a mediação possa emergir em meio ao conflito, um espaço, portanto, no qual os mediandos/as consigam expressar e comunicar suas diferenças buscando, porém, a realização do acordo. Não cabe, assim, ao mediador fornecer respostas diretas aos mediandos/as. Mas um mediador que dá valor imparcial aos interesses dos envolvidos num conflito precisa ser também um agente positivo. Ele dever ser capaz de, por exemplo, transformar uma sugestão em uma pergunta capaz de solucionar consensualmente uma controvérsia. Ele deve ser alguém que cuida para que o ambiente seja acolhedor, de modo que a percepção das partes não seja afetada por circunstâncias capazes de estimular seu distanciamento e não sua proximidade. Nesse aspecto, o papel do mediador é essencialmente o de um *hermeneuta*. E sendo seu desafio criar a oportunidade para a emergência de um acordo genuíno, o mediador precisa ser alguém capaz não apenas de assumir uma posição imparcial, mas também alguém capaz de reconhecer e até mesmo de identificar-se com a posição de cada um dos mediandos/as. Ele precisa, portanto, adotar uma atitude empática diante de ambas as partes. Competência hermenêutica e atitude empática madura são, assim, duas qualidades fundamentais para a atividade da mediação.

Mediadores, portanto, precisam ser sujeitos capazes de compreender as posições de cada uma das partes, como um hermeneuta. Essa mesma habilidade também o capacita a estar sempre aberto às críticas da equipe de supervisão e observação. Competências hermenêuticas envolvem, enfim, competências de ordem cognitiva, perceptiva, emocional e, em especial, comunicativas.

A comunicação é o centro do processo de mediação. A disputa, considerada como uma das etapas do conflito, é um processo comunicacional. A mediação dentro desse contexto importa a interação entre os envolvidos.

UNILASALLE CANOAS RS

2 O MEDIADOR ENQUANTO UM HERMENEUTA DA REALIDADE

Na raiz do termo hermenêutica encontramos a essência da identidade do mediador. Hermes e daí, possivelmente, a composição hermenêutica, é o deus grego que realizava a mediação entre o mundo divino e humano, entre a realidade das sombras e da luz, entre vida e a morte. Levando a mensagem dos deuses aos humanos e vice-versa, Hermes se caracteriza como a representação arquetípica da intersecção entre duas realidades normalmente distintas e contrapostas entre si – separação que se encontra maximizada no termo conflito.

Enquanto intérprete e tradutor daquilo que está contido na lide sociológica, jurídica, literária, teológica – o mediador instaura elos entre duas ou mais partes com compreensões contrapostas entre si.[7] Nesse sentido, sua tarefa consiste compreender as interpretações sustentadas pelas partes conflitantes, de modo a instituir um elo perdido ou novo entre elas.[8] O hermeneuta, por natureza, é aquele que realiza pontes entres realidades distintas, entre conflitos existentes entre pessoas, culturas, nações. A criação de tais pontes implica um conhecimento prévio de ambas as partes e um conjunto de condições que desenvolveremos no próximo item.

---

7 A linguagem dos mediandos muito esclarece sobre seus anseios, sentimentos, preocupações, questões que permeiam a desavença. "A linguagem é um sistema de signos ou sinais usados para indicar coisas, para comunicação entre pessoas e para a expressão de idéias, valores e sentimentos. Embora tão simples, essa definição de linguagem esconde problemas complicados com os quais filósofos têm-se ocupado desde há muito tempo" (CHAUÍ, 1999, p. 141).

Visto assim, uma das tarefas do mediador consiste em possibilitar e facilitar o diálogo entre os mediandos de modo a que estes tomem consciência de suas respectivas compreensões e posições causadoras do conflito em questão. Nessa tarefa, a linguagem torna-se uma ferramenta para o mediador, já que é apenas por meio de uma cominicação efetiva que o mediador e as partes poderão compreender os "interesses explícitos e implícitos e conduzir a transformação da percepção do conflito de fenômeno negativo a fator positivo na vida dos mediandos" (BRASIL, 2015, p. 94). Nesse processo dialógico, o mediador leva os conflitantes à percepção do que dizem e daquilo que está implícito em suas posições ou afirmações. O processo de mediação deve ser diligente a ponto de que todas as questões venham a mesa. Em outras palavras, o mediador possibilita que uma realidade obscura ou não-dita venha à luz no exercício dialógico; a corporificação em forma de linguagem da causa de um conflito já constitui, por si, só um caminho de sua dissolução. Em todo o caso, nele, a comunicação linguística tem importância fundamental enquanto processo de interação, que pode prosseguir de forma continuada ou até mesmo permanente, entre duas pessoas ou mais, ou mesmo entre grupos de pessoas, por meio de palavras, símbolos, gestos, imagens, e até mesmo através de silêncios (NISHIHARA, 2015, p. 95). Afinal, silêncios também promovem comunicação, especialmente por meio de olhares, danças, movimentos da língua, gritos, tal como ocorrem numa variedade de formas culturais pelo mundo afora.

Essa é uma característica, aliás, essencial da hermenêutica. Rohden (2002) salienta que "o diálogo hermenêutico acontece na relação entre parceiros, não com espectadores passivos, interlocutores indiferentes ou ditadores". E acrescenta:

> No termo *parceiro* estão incluídos atributos como: aquele que ouve o outro, aquele que se compadece com o que o outro diz, aquele que não entrava o diálogo, aquele que não pretende possuir a última palavra, aquele que é capaz de conceder razão ao outro. Os parceiros entram no jogo, no espírito do diálogo, independentemente do tema sobre o qual dialogam, e , no final, ambos – de alguma forma – são afetado e transformados. Diferentemente da pergunta por uma informação ou acerca da natureza de determinado objeto, a pergunta dialógica tem seu tempo oportuno, sua maturidade (*Zeitigkeit*), no desenvolvimento do diálogo, e somente no interior deste as perguntas e respostas fazem e tecem o sentido. Na pergunta dialógica, quem pergunta, necessariamente, revela-se ao perguntar. ... A unidade interna entre falar e escutar, dizer e ouvir, é condição fundamental para que ocorra um diálogo hermenêutico (ROHDEN, 2002, p. 204).

O diálogo tem em seu cerne a tradução do pensar interno do ser e a probabilidade do outro ter razão pode abalar as estruturas do eu e do outro, obrigando a reflexão e o encontro com o outro. A realização da mediação, ao visar a criação do acordo, não implica, pois, na negação das particularidades dos envolvidos, mas proporciona o reconhecimento dos mesmos em seus equívocos e direitos.

É dever do mediador aprimorar-se no domínio das técnicas que lhe assegurem o conhecimento dos indivíduos:

> Los conciliadores como profesionales que resuelven conflitos humanos deben procurar perfeccionarse em el domínio de técnicas que les permitan conocer a las personas más allá de sus simples palavras y gestos que bien podrían ser simulaciones o actuaciones bien desarrolladas com el fin de lograr um objetivo o interés personal. A sí las partes que solicitan una audiencia no necessariamente se presentan como realmente son, ello en nuestra vida cotidiana es algo normal, porque cuando todavía no se há llegado a niveles de confianza y por ende de naturalidade adecuados la mayoría de personas cubren su verdadeira personalidad con una máscara impidiendo conocerlas verdaderamente, porque demuestran uma falsa imagen.[9] (NISHIHARA, 2015, p. 103)

9 Os conciliadores como profissionais que resolvem conflitos devem procurar aperfeiçoar-se no domínio issoahamdas técnicas, que lhe permitam conhecer as pessoas, além do que suas palavras e gestos, pois estes

No processo de mediação, o uso de determinadas técnicas possibilita que os mediandos externalizem suas impressões, preconceitos, expectativas e horizontes. Ora, a solução do conflito passa pela compreensão dessas dimensões o que requer mais que uso de técnicas, uma postura própria do mediador, como veremos a seguir.

3 AS COMPETÊNCIAS DE UM BOM MEDIADOR

Mediadores eficientes são agentes capazes de: acolher os mediandos/as, recontextualizar sua narrativa, identificar propostas implícitas, silenciar quando necessário, realizar sessões individuais, incentivar a troca de papeis, gerar opções, normalizar, organizar as questões abordadas, dar enfoque prospectivo à situação, efetivar testes de realidade e apresentar perguntas orientadas com vista às soluções[10]. É claro que essas competências exigem do mediador que preserve uma atitude de imparcialidade frente às partes.

O mediador sai de dentro de si e entra na vida dos outros quando consegue estar no lugar do outro, sentir o outro, pensar nas perguntas a fazer ao outro para que possa lhe abrir possibilidades, alternativas de modo que 'a coisa' em questão venha à tona. Similar ao exercício de jogar, o bom jogador é aquele que é capaz de esquecer de si para entrar no movimento do jogo em questão; quanto mais ele se entregar à dinâmica do jogo melhor ele saberá jogar.

Cada processo de mediação é único, porquanto depende das pessoas envolvidas, dos grupos, da cultura, dos sentimentos que permeiam as relações, dentre outros. Assim como "o mediador tem sua personalidade, sua maneira de fazer, ele deve também "inventar sua prática e, no limite, sua teoria" (...) (SIX, 2001, p. 210). Os jogos de mediação são únicos e irrepetíveis e por isso não há fórmula única a ser aplicada aos conflitos humanos. E são únicos porque somos seres com identidades e histórias próprias e originais, porque somos seres livres e capazes de criar sempre novas realidades.

O mediador, enquanto um hermeneuta, encarna o espírito do diálogo em seu procedimento. O que isto quer dizer? A efetivação do diálogo e, consequemente, a possível dissolução de um conflito, pressupõe um conjunto de exigências e condições próprias da conduta do mediador que devem ecoar na postura dos conflitantes.

Uma exigência inicial é a que chamaremos aqui de "maturidade empática". O mediador, para atuar como um hermeneuta em condições de promover a solução de conflitos, precisa desenvolver uma forma madura de atitude empática. Já assinalamos que ao mediador não cabe situar-se numa posição de pura "imparcialidade". Como ao mediador não cabe - julgar acerca de qual das partes está com a razão, como o que lhe cabe é aproximá-las a fim de que possam buscar um acordo, é essencial ao mediador que adote uma atitude compreensiva. Assim, ao mediador, é essencial que assuma uma postura empática diante de ambas as partes. Como disse Krznaric, a forma de arte essencial para a era da "outrospecção" é a empatia (KRZNARIC, 2015, p. 22-23).

Vários filósofos e psicólogos morais têm insistido em que há uma distinção relevante entre a simpatia e a empatia. Talvez essa distinção tenha iniciado após o psicólogo Edward Titchener ter preferido traduzir o termo alemão *Einfühling* (literalmente "sentir em") para o inglês como "empathy" e não como "sympathy" (BATSON, 2011). Ao que parece, até esse momento, psicólogos, mas principalmente filósofos, como David Hume e Adam Smith, empregavam apenas um único termo em inglês, "sympathy", para descrever esse conjunto variado de fenômenos emotivos. É bem provável que

---

poderiam objetivar um interesse pessoal. Assim como as partes que se apresentam em uma audiência nem sempre se apresentam como realmente são, em sua vida cotidiana e é algo normal, porque quando, todavia, não se há chegado a níveis de confiança e naturalidade a maioria das pessoas escondem sua verdadeira personalidade, com uma máscara, impedindo conhece-las verdadeiramente, porque demonstram uma falsa imagem.

10 Vide Manual de Mediação Judicial.

UNILASALLE CANOAS-RS

Daniel Batson tenha razão ao distinguir ao menos oito tipos diferentes de fenômenos intitulados ora "empáticos", ora "simpáticos", na literatura (BATSON, 2011, p. 11-19). Batson prefere chamar de "empatia" a um tipo peculiar de emoção, isto é, à emoção orientada a um outro e incitada pelo, e congruente com, o bem-estar ou mal-estar percebido em alguém que se encontra em necessidade. Para tornar isso mais preciso, Batson chama a essa emoção de "preocupação empática" (*empathic concern*). Outros autores, no entanto, preferem uma divisão mais simples. Um deles é o primatólogo Frans de Waal. À emoção que Batson chama de "empática", de Waal prefere denominar de "simpática", isto é, de preocupação simpática (*sympathetic concern*). Para de Waal, a preocupação simpática é um nível de empatia, superior ao mero contágio emocional (uma mera reação emotiva que mimetiza as emoções alheias), mas inferior ao estágio ou nível que chama de *empathic perspective-taking*, ou à atitude de adotar a posição alheia de forma empática (de WAAL, 2008, p. 284-285). O filósofo Stephen Darwall chama a essa atitude de *second-person standpoint*, ou ponto de vista da segunda-pessoa (DARWALL, 2006).

Darwall assinalou que o conceito de "atitude da segunda-pessoa" tem suas origens na abordagem de Adam Smith sobre a empatia em sua *Theory of Moral Sentiments* [1759] (SMITH, 1982). Darwall sustenta que Smith foi muito além da abordagem mais conhecida de David Hume. Hume teria tido a originalidade de apresentar o tema, mas ele não o teria desenvolvido de forma suficiente. Sua ênfase no interesse próprio como origem da motivação para a justice seria incapaz de explicar a aprovação que damos a atos justos realizados por outras pessoas. Mas se a moralidade fundamenta-se, como defendeu Hume, nos sentimentos, e não não razão, o que motivaria os agentes a promover acordos justos já que a desaprovação vicária de injustiças não pode ser explicada apenas por motivos autointeressados? (DARWALL, 2006, p. 188). Segundo Darwall, a teoria de Smith teria a vantagem de reconhecer o papel de nossas emoções reativas, como o ressentimento e a indignação, como reações em "segunda pessoa". Tratam-se de reações dirigidas a sujeitos compreendidos como portadores de deveres relativamente a um outro (ou a outros) (DARWALL, 2006, p. 189-190; AZEVEDO, 2012).

Seguindo esses ensinamentos de Adam Smith, Darwall chama de atitude de segunda pessoa à perspectiva que tomamos quando reconhecemos as queixas e exigências legítimas de alguém sobre a condutas de outrem (DARWALL, 2006, p. 3). Darwall sustenta que razões de segunda pessoa dirigem-se aos outros pressupondo autoridade para demandá-las diante de seus destinatários, os portadores do dever correlato. Ora, isso nos ajuda a entender o que ocorre na disputa que se oferece para ser mediada. Na medida em que se trata de uma disputa em torno de direitos, ambas as partes costumam supor-se detentoras de demandas legítimas. Pode ser o caso que uma das partes tenha de fato mais razões que a outra, ou que ambas tenham razões dentro de suas perspectivas pessoais, porém, para que um acordo ocorra, é essencial que o mediador consiga levar as partes a se colocarem numa attitude de segunda pessoa. Elas precisam ser capazes de ouvir e compreender as posições contrárias.

A empatia, enfim, é uma capacidade humana comum aos humanos adultos, mas formas maduras de empatia, tais como as que se exige de um mediador, dependem de habilidades e capacidades cognitivas muito particulares. As pessoas usualmente mobilizam seus sentimentos de forma parcial e interessada. Contudo, para que a mediação ocorra de forma livre é preciso que o mediador seja capaz de projetar-se imparcialmente no ponto de vista íntimo das partes. Para reconhecer cada alegação de injustica das partes é preciso que o mediador adote essa perspectiva dirigida a todos de forma imparcial.

Contudo, nem todos parecem concordar que a empatia seja um instrumento cognitivo e emocional adequado para a produção de acordos e decisões justas. Recentemente, o tema da empatia foi transformado em polêmica política. Isso ocorreu quando o Presidente Barack Obama apresentou suas razões aos congressistas norteamericanos para indicar a juíza Sonia Sotomayor como novo membro para a Suprema Corte (ROSÁRIO, 2015). Segundo o presidente Obama, a capacidade para empatia é um atributo essencial para o bom juiz. É natural que num contexto político a menção à empatia tenha gerado tanta divergência. Todavia, a divergência é certamente também conceitual. Segundo os críticos, a

empatia prejudica a boa atividade judicial, pois conduz o juiz a simpatizar com uma das partes, distanciando-se, assim, de uma posição imparcial. Para os críticos, o juiz deveria adotar uma atitude semelhante à de um árbitro numa competição esportiva. Contudo, mesmo que no tocante à atividade judicial possa fazer sentido que a empatia seja danosa ou prejudicial (STRUCHINER, 2011), parece claro que no caso da mediação ela tem um papel fundamental.

Thomas Colby foi um dos que, em defesa da visão do presidente Obama, destacou a empatia como a habilidade cognitiva de adotar a perspectiva de perceber e compreender uma situação a partir do ponto-de-vista de outra pessoa, uma perspectiva combinada com a capacidade emocional para compreender e sentir as emoções dessa pessoa nessa mesma situação (COLBY, 2012, p. 1958; ROSÁRIO, 2015). No caso da mediação, trata-se da postura de adotar essa perspectiva, e sob condições de equidade, diante de ambas as partes.

Além da empatia, ao mediador cabe, em segundo lugar, observar os "seis elementos da arte da conversação", a saber, a curiosidade por estranhos, a escuta radical, a retirada da própria máscara, a preocupação com o outro, o espírito criativo e a pura coragem. É por meio dessa arte da conversação que conseguimos "dar o salto empático" na mente alheia (KRZNARIC, 2015, p. 157).

E em terceiro lugar, ao modo de Hermes, o mediador, diante de duas disposições opostas ou contrárias entre si, se dispõe a instituir uma terceira margem, uma outra realidade factível a ser vista e assumida pelas partes conflitantes. Essa terceira margem não é fruto da aplicação de uma técnica feita por parte de um expert sobre um caso concreto, pois a causa de conflito varia espaço e tempo. Essa coisa nova que emerge tem mais a feição de uma criação artística, pois, que de uma produção serial. A terceira via criada instaura um sentido para os conflitantes e o mediador, enquanto facilitador desse processo, por exemplo, precisa "saber contar oportunamente uma história que facilite os contágios que reconstroem alteridades. (...) o sentido é outorgado pelo diálogo" (WARAT, 2004, p. 197).

UNILASALLE CANOAS RS

4 SABER OUVIR, SABER PERGUNTAR

Como já se pôde apreender, a mediação rompe a lógica procedimental binária que se pauta por separações absolutas entre o que é certo ou errado, verdadeiro ou falso. Essas distinções não se adaptam a situações em conflito, porém abertas a uma solução mediada. Por essa razão, preferimos dizer, seguindo Six, que a mediação

> (...) utiliza a lógica "dialética", aquela que admite uma terceira possibilidade: a relação estrutural, totalmente intrínseca, entre termos autônomos enquanto autônomos (...). A lógica dialética extrai sua inteligibilidade, de um lado, da impossibilidade em que se está, no terreno da experiência, de se fixar à alternativa simples demais da exclusão ou da fusão. Ela se mostra vantajosamente operatória porque respeita melhor a complexidade do real (SIX, 2001, p. 219).

Nessa perspectiva, a síntese entre tese e antítese não consiste na fusão de ambas, mas na percepção do certo e do errado, do verdadeiro e do falso contidos nas posições de ambos os conflitantes. Evidencia-se com isso que essa tarefa é mais árdua que aquela da lógica binária segundo a qual parte-se do princípio de que uma parte está com a razão e a outra não sem levar em consideração a situação e perspectivas de ambas com vistas a um instituir um acordo. Assim,

> Captar esse ponto é perceber que a mediação dá uma identidade própria a qualquer um. Todo o indivíduo tem várias identidades que decorrem de seus laços de incorporação: uma identidade familiar ou local, por exemplo: o que a sociologia chama de "estatutos prescritos", estatutos que vêm de um conjunto de elementos que não escolhemos. Há também uma identidade que é o resultado de uma construção: um

> querer-viver em comum na igualdade, identidade política engoblante (...) (SIX, 2001, p. 216).

Enquanto hermeneuta da realidade, o mediador tem como tarefa perceber e fazer os conflitantes tomarem consciência da

> terceira dimensão e valorizá-la ali onde se tem a tendência de aplainar o real e de mostrar o mundo e os seres em duas dimensões. Fazer o "3" é provocar as pessoas e situações para que elas não se deixem aprisionar no preto e branco, no maniqueísmo. Isso só pode viver tendo o gosto pela complexidade do mundo, não a ignorância ou a inefabilidade, que pode hoje fundar novamente os símbolos no senso comum (SIX, 2001, p. 219).

Na história da filosofia, podemos dizer que Sócrates foi aquele que assumiu essa tarefa de dizer que o real não cabe dentro da lógica binária que é mais fácil e cômoda de ser assumida. Ora, o mediador, assume essa missão em sua função, o que faz dele um

> incomodo como todo verdadeiro crítico, isto é, como alguém que não destrói, mas faz refletir, faz pensar por si mesmo. O critico de cinema Serge Daney dizia que deveria ser um "barqueiro", mas esse barqueiro, longe de nos tornar passivos, nos faz participar da travessia, nos ajuda a fazer por nós mesmos a travessia. O mediador cidadão é um barqueiro e é considerado um importuno porque está ali, mas se recusa a dar de imediato uma solução ou a solução; impende que continue girando na binariedade, diz que não pode se ater a uma só margem balizada, que precisa atravessar, criar ele mesmo um ternário, e isso quer se esteja num impasse, quer ante um conflito, ou ainda mergulhado na fusão. Ele propõe uma saída de si, do repetitivo e da pulsão morte (SIX, 2001, p. 220).

LA SALLE UNILASALLE CANOAS RS

Importa ao mediador ter clareza de que pode produzir nas partes: uma profunda transformação. Transformação no seu âmago, nas suas relações, porque isso lhe carece. Quando as pessoas estão no enfrentamento de um conflito, estagnam, não conseguem seguir em frente, seja porque intentam impor sua vontade, seja porque se ignoram ou se negam. Todavia, quando os mediandos/as são provocados ao ponto da mudança, podem se voltar contra o mediador, culpando-o pelo que estão enfrentando, possibitando a manutenção do comportamento e a ausência do movimento (SIX, 2001, p. 220-221).

No exercício de sua tarefa, o mediador,

> (...) se é verdadeiramente um mediador, só pode ser um inoportuno: ele vem a sacudir o homem de hoje que tende a refugiar-se na ordem repousante do binário. Ele vem dizer: "As coisas não são tão simples"; "É mais complicado do que parece". Ele mostra que nem tudo "é o que parece" e deixa cada um consigo mesmo, com os próprios recursos, para desembaraçar o nó que ele contribuiu, à primeira vista, para apertar mais com suas questões e complicações; ele traz mais desordem e pensa que um certo avanço nascerá do caos (SIX, 2001, p. 220).

De toda a sorte, o mediador constrói sua identidade, ela não é inerente a ele, mas adquirida (SIX, 2001, p. 217). E a constituição de sua identidade mediadora passa pelas exigências e condições intrínsecas de um verdadeiro diálogo, isto é, saber ouvir, estar aberto à realidade e saber colocar as perguntas apropriadas em cada caso.

A eficácia para uma mediação exitosa, primeiramente por parte mediador, passa pela capacidade de saber dialogar, cujo pressuposto fundamental é *saber ouvir*. O encontro como outro se produz sobre a base de saber autolimitar-se, inclusive quando se trata de dólares ou de interesse de poder" (GADAMER, 1993, p. 213). Só quem ouve pode mediar de modo apropriado, justo. Ouvir significa acolher e compreender o horizonte do outro que pode ser similar ou diferente do meu horizonte. De

acordo com Gadamer, "nós precisamos aprender que no ouvir ao outro se abre o verdadeiro caminho no qual se forma a solidariedade" (GADAMER, 1993, p. 347). Disso podemos concluir a exigência de saber ouvir o outro em sua verdade consitui uma exigência que é ética por parte do mediador. Com isso, podemos dizer que o mediador, por sua natureza, precisa assumir uma postura ética em seu procedimento. O acolhimento da palavra do outro não implica ainda no seu consentimento, mas ele é fundamental para emissão de uma pergunta apropriada a cada caso. Há uma unidade interna entre o ouvir e dizer a palavra adequada ao conflito em questão. A recomendação de Gadamer aos filósofos aplica-se perfeitamente à postura do mediador diante de um conflito, a saber: "Deveis aguçar o ouvido, haveis de saber que quando levais uma palavra à boca não utilizais à vontade uma ferramenta qualquer que, se não vos serve, lançais ao canto, mas que na verdade vos tem determinado em uma direção de pensar que vem de longe e que vai muito além de vós" (GADAMER, 1993, p. 205).

O mediador, portanto, deve saber ouvir, pois pela escuta ativa, o ouvinte tem condições de compreender, interpretar e perceber o sentido e forma das mensagens, ainda que não verbais, que estão sendo transmitidas e que necessitam ser trabalhadas na mediação. Como ressalta, aliás, Spengler:

> Da mesma forma, é preciso "ler" não apenas as palavras, mas a postura, o que está acontecendo dentro da outra pessoa. Se a postura não for verdadeira, as palavras não importarão. A postura do ouvinte deve ser de curiosidade, deve ser de alguém que se importa com quem e como oque está ouvindo. (...)
> Em um uso mais específico, o ouvinte pode relatar ao falante o que percebeu da declaração, tornando assim mais evidente para este seus próprios motivos e sentimentos. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como a credibilidade e interesse em resolver a questão (SPENGLER, 2016, p. 64).

LA SALLE UNILASALLE CANOAS RS

Assim sendo, pela técnica da escuta ativa o mediador avaliza ao falante que está sendo escutado e, para tal deve ouvir, sem preconceitos. Para ser um bom mediador necessário ser um bom ouvinte, saber elaborar questões, parafraser, escutar com atenção, reconhecer a verdade posta por quem fala, perceber pela linguagem não verbal o que está sendo dito e, sempre, olhar nos olhos de quem fala (SPENGLER, 2016, p. 64)

Implicado na capacidade do mediador "ser todo ouvido" a cada caso, pressupõe-se dele uma *abertura diante da realidade*. A solução de um conflito não se dá mediante aplicação de uma técnica pura e simplesmente, mas passa pela compreensão de cada caso particular com suas histórias e interesses. Abrir-se não apenas ao que está sendo dito, mas à possibilidade de instituir um caminho de dissolução apropriado em cada caso.

Faz parte da postura do mediador saber *colocar as perguntas* adequadas no tempo próprio do processo. A pergunta apropriada é posta no contexto da explicitação do conflito de modo que ela o torna ainda mais explícito e assim se se vislumbre uma solução condizente a cada caso. Tanto a pergunta quanto a resposta implicam na descoberta de novos elementos seja na compreensão seja na dissolução do conflito. Uma pergunta colocada no tempo inapropriado (ROHDEN, 2002, p. 210) pode emperrar ou desviar o curso do processo e, consequentemente, retardar ou interromper a possibilidade de um acordo. Daí porque, na mediação, assim como "no diálogo real entre duas pessoas faz parte do êxito do diálogo o constante certificar-se se o outro também 'acompanha', isto é, se ele compreendeu os pontos de vista que nós exteriorizamos e se os acolheu produtivamente" (KÖGLER, 1992, p. 98). Ora, faz parte desse acompanhar, dessa experiência, desistir por vezes "das próprias teses no decorrer do entendimento e substituí-las por outras concepções – ou por aquelas do parceiro de diálogo ou pelas que surgem produtivamente do diálogo" (KÖGLER, 1992, p. 98). Como vimos, o mediador, ao saber ouvir e abrir-se à situação em questão, pode por a pergunta apropriada e com isso desencadear a dissolução de um conflito. Como se pode perceber, a mediação se constitui num processo único, irrepetível que exige, por parte do mediador uma constante atitude de abertura, de ouvido afinado ao fato em questão o que lhe

permite elaborar perguntas apropriadas para resolver um conflito. Embora a solução mediadora seja mais árdua, pensamos que ela seja mais apropriada em muitos casos diante da crescente tendência de judicializar problemas e questões humanas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que consiste ser um *bom* mediador? Ora um, bom mediador é certamente aquele que alcança, e do melhor modo, a finalidade de sua atividade. Seu objetivo é conduzir partes conflitantes a um acordo que seja, ao final, tido como satisfatório para ambos. Sabe-se que isso nem sempre é possível. Assim, é também objetivo do mediador não forçar as partes a acordos contra sua própria vontade ou inclinação. Mas para que um mediador alcance o objetivo de sua arte da melhor forma possível, quais habilidades ele precisa exercitar? Neste trabalho, defendemos que um bom mediador é um bom hermeneuta, um *hermeneuta da realidade*. Defendemos também que, como hermeneuta da realidade, o mediador precisa adotar uma atitude empática madura. Sua atitude não deve ser exatamente semelhante a de um amigo, ou de alguém que simpatiza com o sofrimento ou condição de qualquer uma das partes. Para além disso, sua atitude deve ser a de alguém que busca compreender ambas as partes a fim de poder auxiliá-las a encontrar uma posição em comum. Desse modo, o mediador não pode ser alguém que parta da pressuposição de que no conflito entre as partes há apenas uma única "verdade" em jogo. Sua disposição deve ser outra, a de alguém que confia na possibilidade de que as partes encontrem um alternativa satisfatória em comum. Ora, a criação de algo que não existia previamente, ou seja, um determinado acordo, é fruto do entrelaçamento entre uso de determinadas técnicas e habilidade por parte do mediador. Visto assim, podemos dizer que o mediador apresenta-se como um artista e não um artesão diante de um conflito.

A empatia torna-se assim uma aliada do hermeneuta na arte da mediação. Por meio dela, o mediador consegue aproximar pólos que de outro modo estariam irremediavelmente distantes. Nesse caso, a única alternativa que resta é a alternativa de requisitar a um juiz que adjudique entre as partes: quem tem razão? Ambos? Afastada a possibilidade da mediação, caberá ao juiz decidir qual das partes tem razão, ou, em outras palavras: com quem afinal está o Direito? Porém, antes disso, a mediação surge como uma possibilidade positiva, uma alterativa engrandecedora para ambas as partes. Com o recurso da mediação, é possível que o direito esteja, afinal, com ambos. Soluções mediadas são soluções cooperativas. Mediadores eficientes são assim hermeneutas da realidade, pessoas competentes e empáticas capazes de aproximar agentes humanos que de outro modo estariam numa disputa judicial em que o certo e o errado jamais poderia estar ao lado de ambos. Com efeito, mediadores competentes são hermeneutas que adotam positivamente uma atitude tanto de imparcialidade como de compreensão genuinamente empática.

UNILASALLE CANOAS RS

Referências

AZEVEDO, Marco Antonio. Why animals do not develop the artifical virtue of justice? In ARALDI, Clademir Luiz; CARMO, Juliano Santos do & CHAGAS, Flávia Carvalho. Naturalism: contemporary perspectives. Pelotas: NEPFIL online, 2013.

BATSON, Daniel C. Altruism in humans. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Goma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 5. ed. Brasília/DF: CNJ, 2015.

CATARINA, Alice. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos, tecnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos

conflitos. 2012. http://www.esmeg.org.br/pdfMural/dra._alice_catarina_-_psicologia_-_05-03-2012.pdf. <Acesso em 24 de mai. de 2016>.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 12 ed. São Paulo: Ática, 1999.

COLBY, Thomas B. In defense of judicial empathy. Minnesota Law Review 96 (6), 2012: 1944-2015.

DARWALL, Stephen. The second-person standpoint. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

De WALL, Frans B. M. Putting the Altruism Back into Altruism: The Evolution of Empathy. The Annual Review of Psychology 59, 2008: 279–300.

GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode II. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.

KÖGLER, Hans Herbert. Die Macht des Dialogs*:* Kritische Hermeneutik nach Gadamer, Foucault and Rorty. Suttgart : Metzler, 1992.

KRZNARIC, Roman. O Poder da Empatia: A arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

NISHIHARA, Freddy Ortiz. Manual de Conciliación Extrajudicial*:* Teoria Y Práctica. Peru: Legales, 2015.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROSÁRIO, Marcelle Coelho do. Empatia judicial. Dissertação de Mestrado em Filosofia, Unisinos, 2015.

SIX, Jean-François. Dinâmica da Mediação. Tradução; Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SMITH, Adam. The Theory of Moral Sentiments [1759]. Raphael, D.D. & Macfie, A.L. (Eds). Indianapolis: Liberty Fund. 1982.

SPLENGER, Fabiana Marion. Mediação de Conflitos: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRUCHINER, Noel. No empathy towards empathy: Making the case for autistic decisionmaking. In The Nature of Law: Contemporary Perspectives, McMaster University Philosophy of Law Conference "The Nature of Law: Contemporary Perspectives", 13-15 de Maio, 2011, Hamilton, Ontario (Canada).

VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação: Teoria e Prática da Mediação. Curitiba: Juan Carlos Vezzula, 1998.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Sevilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

UNILASALLE CANOAS RS

A ANOMIA DOS MECANISMOS CRIADOS PARA ASSEGURAR O ALCANCE E MANUTENÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR TENDO COMO PARADIGMA AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS MAGISTRADOS

Caroline Oliveira Pacheco[1]
Clarissa Pereira Carello[2]
Claudia Gay Barbedo[3]

RESUMO: Analisar e examinar se os mediadores adotam postura capaz de preservar a imparcialidade frente aos casos de suspeição e impedimento. Ainda, como se utilizam os mecanismos criados para assegurar o alcance e manutenção da imparcialidade, tendo como paradigma as garantias constitucionalmente asseguradas aos magistrados como a inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade. Em relação aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de material já existente, bem como aporte de livros de doutrina especializada em mediação, artigos científicos, bem como vivencias práticas, além de textos de lei e jurisprudência. A nova ordem legal de priorizar os métodos consensuais para a resolução de conflitos faz com que a atuação de mediadores tome uma relevância ainda maior no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, é importante destacar que a imparcialidade do mediador deve ser garantida com máxima prioridade para o efeito de atribuir eficácia ao processo justo e igualitário. As garantias contidas no artigo 95 da Constituição Federal de 1988, quais sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, das quais gozam os juízes, asseguram ao jurisdicionado um julgador imparcial, que não toma parte na lide. No entanto, verifica-se a anomia dos mecanismos criados para assegurar o alcance e manutenção da imparcialidade do mediador, viabilizando sua aplicação por meio do paradigma das garantias constitucionalmente previstas aos magistrados.

UNILASALLE CANOAS-RS

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade. Mediador. Paradigma. Magistrados. Garantias Constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) edita a Resolução nº 125 que contempla a mediação judicial como uma política pública que visa devolver a autonomia às partes na solução de seus conflitos sem que precisem outorgá-la a um "terceiro imparcial". O intuito da mediação não é – e creio que jamais será – um substituto das decisões dos magistrados e não pretende tolher dos julgadores o seu protagonismo diante dos processos, especialmente aqueles litigiosos, que lhes são diariamente distribuídos.

A mediação, amplamente utilizada em outros sistemas jurídicos, como na China ou nos Estados Unidos, por exemplo, surge como uma adequada forma de resolução de conflitos, positiva e célere, de entrega ao jurisdicionado não só da decisão sobre determinado ponto, mas em especial, de devolução do equilíbrio e do senso de justiça construída em conjunto e não instituída de forma unilateral, com um "vencedor" e outro "perdedor". Assim percebe-se que a ideia de semear o ganha-ganha por meio de ações colaborativas já faz parte de uma realidade nacional e mundial.

---

1 Mestranda em Direito Humanos pela UniRitter, carolineoliveirapacheco@gmail.com
2 Mestranda em Direito e Sociedade pela UNILASALLE, clarissacarello@hotmail.com
3 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, claugb@terra.com.br

Fortalecendo tais premissas, no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), a Lei de Arbitragem e sua atualização (Lei nº 13.129/15) e, em especial, com a edição da Lei Brasileira de Mediação (Lei nº 13.140/15), surgem para estabelecer determinado regramento a essa técnica de resolução de conflitos, priorizando o tratamento adequado por meio de formas consensuadas.

A esse contingente é sempre oportuno lembrar-se da voluntariedade que envolve o procedimento de mediação. Ninguém é obrigado ou constrangido a realizar a mediação. É através do trabalho hábil dos mediadores judiciais ou privados que altos níveis de satisfação são atingidos pelos mediandos, que ao final da(s) sessão(ões) alcançam seus objetivos, contemplando às necessidades especificas de cada um deles, em uma comunhão de esforços e forma prospectiva.

Os mediadores têm a incumbência de viabilizar o diálogo entre as partes para que elas construam, caso assim entendam possível, a solução para seus conflitos. Há de se mencionar desde logo, que a atividade dos mediadores é voluntária, não havendo nenhum tipo de remuneração instituída para esse profissional no âmbito do Poder Judiciário, em que pese no artigo 13 da Lei 13.140/15, tenha tal previsão. De igual forma, as garantias estendidas ao mediador são praticamente inexistentes e, se comparadas àquelas dos juízes togados, asseguradas no texto constitucional em seu artigo 95, incisos I a IV, é desproporcional. Nesse sentido, oportuno apresentar esse paralelo entre o que está garantido aos julgadores e o que não se estendeu aos mediadores, em que pese esses tenham inúmeras restrições e regras a observar oriundas das impostas aos magistrados.

2 A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO E SUAS GARANTIAS

O que significa ser magistrado no Brasil? Essa indagação deve ser respondida, primeiramente, analisando a organização da justiça no período do império. A estrutura judicial da colônia era composta de

> ouvidores-gerais provinciais; juízes de fora e os ouvidores de comarcas. Em nível municipal havia os juízes ordinários eleitos. À exceção dos últimos, todos os outros eram letrados, isto é, formados em Coimbra, e membros da magistratura portuguesa [...]. Alguns juízes de fora e ouvidores que serviram no Brasil foram promovidos a desembargadores sem terem antes passado por período intermediário em Portugal ou em outra colônia. Mas isso não era a regra. [...]. (CARVALHO, 1980, p.136-137)

A partir do trecho sobredito, é possível identificar que a composição da magistratura garantia ao Estado poder, visto que incumbia aos julgadores "interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes." (WOLKMER, 2015, p.106). A formação elitista dos juízes na época em comento os afastava da população e, seus compromissos com os interesses da Colônia os tornavam agentes que não faziam "justiça". Essa postura acabou por "desencadear a luta por reformas institucionais, sobretudo para alguns, no âmbito do sistema de justiça. Daí resultaria o processo de constitucionalização (Carta Imperial de 1824), a criação das faculdades de Direito (1827) e o primeiro código nacional de controle social (Código Penal de 1830)." (WOLKMER, 2015, p.107).

Nos anos posteriores à Independência o papel dos juízes esteve mais atrelado às práticas burocráticas que viabilizavam o exercício do poder público e o fortalecimento do Estado, formando a "espinha dorsal do governo" (CARVALHO, 1980, p.133). Algumas práticas hoje condenáveis, como o nepotismo e a corrupção ocorriam no exercício da magistratura no Brasil, *in verbis*:

> O quadro dessa elite de servidores letrados, autênticos representantes do escamento burocrático estatal, com papel decisivo na organização e na unidade das instituições nacionais, somente se completa quando se leva em consideração o comportamento desses atores, suas relações e práticas com a sociedade civil. Nesse aspecto, há de se

> registrar o aparecimento de práticas revestidas de nepotismo, impunidade e corrupção de diversos segmentos da magistratura luso-brasileira ao longo do Império. Essa tradição, condenada por muitos acentuou-se em razão das amplas garantias, vantagens e honrarias que os juízes desfrutavam e que se manteve com suas vinculações políticas, compromissos partidário e subserviências ao poder. Tal confluência do julgador com o político/legislador não deixava de ser aceita e recompensada pela máquina administrativa oficial. [...] Na prática, o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas. (WOLKMER, 2015, p.108-109).

Na segunda metade do século XIX, novas reformas foram realizadas, garantindo aos julgadores a possibilidade de aplicação da lei com maior autonomia. Em virtude desse movimento, a figura do juiz de paz surge (1827), tendo suas atribuições ampliadas em 1871. Igualmente foi editado o Código de Processo Criminal (1832), que tem forte influência sobre a instituição do Tribunal do Júri, por exemplo.

Se fizermos uma transposição do período histórico sobredito para os dias atuais, verifica-se que os julgadores ainda atuam em substituição ao Estado, porém inequivocamente, possuem independência e livre convencimento deveras ampliado do que os pares do período do Império. A Constituição Federal de 1988 insere em seu artigo 95, garantias como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos aos magistrados. A tais garantias somam-se as vedações impostas aos julgadores como o exercício de outro cargo ou função, mesmo que em disponibilidade (exceto o magistério), receber custas ou participação em processo, a qualquer título ou pretexto, dedicar-se a atividade político partidária, bem como receber a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas fiscais, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (artigo 95, parágrafo único, incisos I e IV, CF/88). Relativamente à impossibilidade de o magistrado exercer atividade político partidária, além do impedimento constitucional para tanto, também há vedação expressa na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) – Lei Complementar nº 35/79 – no artigo 26, inciso II, alínea "c".

Por vitaliciedade compreende-se que o magistrado somente perderá seu cargo, após garantido o devido processo legal, por decisão judicial transitada em julgado. A vitaliciedade é adquirida após dois anos de exercício do cargo, sendo que os magistrados de primeiro grau que ainda não atingirem esse período de magistratura serão submetidos à deliberação do tribunal a que estiver vinculado. Já a inamovibilidade é a prerrogativa de que o juiz não será removido de seu cargo *ex officio*, não havendo espaço para "qualquer mecanismo ou estratagema institucional, seja ele afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo." (MENDES, 2008, p.935). Relativamente à irredutibilidade de vencimentos, essa prerrogativa também está atrelada as garantias instituídas para assegurar a independência dos magistrados, pois "a Constituição é rígida quanto ao sistema de remuneração do juiz, inclusive no que concerne ao exercício de outra atividade remunerada." (MENDES, 2008, p.935-936).

Na legislação infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil trás, a partir do artigo 144 as hipóteses de impedimento e suspeição dos magistrados, as quais acabam sendo aplicadas também aos mediadores em suas sessões de trabalho. Ao que se percebe, o exercício da magistratura desde suas primeiras referências em solo brasileiro sofreu significativas alterações, assumindo o julgador um papel importante que lhe assegura independência em suas decisões. Todavia, se fosse traçado um paralelo com os mediadores judiciais, que também estão atuando dentro da estrutura do Poder Judiciário, com responsabilidades inclusive sob o ponto de vista criminal, pois se equipara a funcionário público caso incorra em prática delitiva, nada assemelha as prerrogativas conferidas aos magistrados.

Outro mecanismo que podemos perceber com vistas a garantir a imparcialidade para o magistrado é considerarmos a estrutura do Poder Judiciário, o qual é autônomo e independente, conforme ensinam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero: "A independência, e por conseqüência a *imparcialidade do órgão judicial,* constitui nota essencial da jurisdição, sem a qual não pode haver processo justo." (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p.31). Sobre a garantia da independência, Ana Paula Ávila (2015) ensina que:

UNILASALLE CANOAS RS

> Deste modo, independência não significa liberdade ou desprendimento do magistrado em relação ao ordenamento jurídico. A independência é, pois, funcional, indicando a separação orgânica entre a função jurisdicional e as demais funções estatais, de modo que o magistrado, no exercício do seu mister, não se subordine à ingerência de outros agentes ou aos outros Poderes da República. Nesse sentido, é uma garantia para o seu desempenho imparcial.

Desse modo, infere-se que a garantia da independência do magistrado é uma das formas de assegurar a imparcialidade. Conforme exposto, a legislação preocupou-se em estabelecer diversas garantias e vedações que garantissem o desinteresse do magistrado em beneficiar-se com uma decisão parcial. Não obstante, conforme será exposto, o mesmo não ocorreu em relação ao mediador.

3 A IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR E SUAS GARANTIAS

Enquanto a tomada de decisão do magistrado está inserida no método heterocompositivo e trabalha com os fatos e fundamentos na resolução de conflitos, a mediação está inserida no método autocompositivo e trabalha com a lide sociológica, a qual tem por escopo as questões, interesses e sentimentos dos mediandos na resolução de conflitos. Diante disso, além de o mediador atuar como um facilitador de modo a colaborar para que os mediandos tanto restabeleçam a comunicação entre eles como cheguem a um entendimento, ele, ao mesmo tempo, terá de assegurar a qualidade de terceiro imparcial.

Aos mediadores são impostas as mesmas regras de impedimento e suspeição as quais estão submetidos os magistrados. Quanto à temática, a Lei de Mediação prevê:

> Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.
> Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Declarando-se impedido ou suspeito, o mediador incorre em outras regras decorrentes desses dois mecanismos. Uma delas é o fato de os mediadores não poderem atuar em prol de nenhum dos mediandos para os quais tenha atuado como mediador, pelo período de um ano: “Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.” (BRASIL, 2015).

Outro mecanismo que a Lei de Mediação traz é o impedimento de atuar como árbitro ou servir de testemunha em processo que envolva os mediando que o mediador tenha atuado em procedimento de mediação: “Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.” (BRASIL, 2015). O fato de o mediador não poder depor como testemunha assegura não apenas a imparcialidade, mas também a confidencialidade do procedimento de mediação. Entretanto, a imparcialidade nesse caso é mais latente, pois impede que o mediador incite um debate que favoreça umas das partes em um processo posterior.

Por fim, a equiparação a servidor público para efeitos penais encerra a subseção da Lei de Mediação que aborda os mecanismos que buscam assegurar a imparcialidade do mediador, conforme segue: “Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.” (BRASIL, 2015).

A resolução 125 de 2010, por sua vez, traz a hipótese de descadastramento do mediador do banco de dados, impedindo sua atuação em qualquer órgão do Poder Judiciário nacional:

> Art. 8º O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Como pode-se perceber, os mecanismos trazidos pela legislação somente abordam as questões que dizem respeito às responsabilidades do mediador, não havendo qualquer garantia à pessoa do mediador. Dessa forma, apenas a vontade de trabalhar e a consciência moral do mediador podem garantir que a imparcialidade vigore nos procedimentos de mediação.

4 A AUSÊNCIA DE MECANISMOS CRIADOS PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR

A imparcialidade do mediador passa pelo dever de confidencialidade que "corresponde ao sigilo de informações obtidas em sessão", assim como de independência e autonomia que "são o agir sem pressão interna ou externa". (ALBERTON, 2014, p.79). Diz-se isso porque no momento em que se comenta algo que foi dito numa sessão de mediação, que é um ambiente privado, independentemente da matéria trazida, o mediador pode acabar julgando a situação em que os mediandos encontram-se. A independência e a autonomia são importantes porque entrega ao mediador o controle sobre a sessão de mediação tais como tempo de duração, prosseguimentos com novas sessões.

Uma das coisas que garante a independência é o mediador não ter vínculos de amizade, trabalho ou parentesco com uma das partes envolvidas na resolução do conflito. Caso isso ocorra, o mediador deve revelar tais circunstâncias e abster-se de atuar na mediação. (VASCONCELOS, 2015). Na atualidade, inclusive, o mediador não pode manter sequer vínculos de amizade, trabalho ou parentesco com advogados que representam as partes envolvidas na resolução do conflito, conforme artigo 145, inciso I, do novo Código de Processo Civil.

Ensina André Gomma de Azevedo (2015, p.139 e 201), quando fala de imparcialidade e receptividade, que:

> O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o múnus público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. Observa-se que uma vez adotada a confidencialidade, o mediador deve deixar claro que não comentará o conteúdo das discussões nem mesmo com o juiz. Isso porque o mediador deve ser uma pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem e eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação.
> Uma das melhores formas do mediador assegurar a sua imparcialidade diante das partes consiste no estabelecimento de estratégias cognitivas positivas (i.e. 'como quero ver essa disputa enquanto mediador') quanto ao conflito. Assim, como visto acima, se o conflito pode ser percebido como um fenômeno natural entre quaisquer seres vivos e dele podem surgir resultados positivos para as partes, se o mediador buscar ouvir as perspectivas das partes preocupando-se em identificar oportunidades evitará uma postura judicatória. Sem tais estratégias cognitivas, muitas vezes, na tentativa de ser imparcial, o mediador acaba por se distanciar das partes, sendo excessivamente frio, o que prejudica o estabelecimento de uma relação de confiança.

UNILASALLE CANOAS RS

> A receptividade e a acessibilidade do mediador devem ser características sempre presentes durante o processo de resolução de disputa e até mesmo após o seu final. Durante o processo isso é de grande valia para que as partes revelem informações com as quais têm dificuldade de lidar, fazendo com que a solução alcançada atenda a todos os interesses em jogo, inclusive àqueles que, eventualmente, uma parte não revelou à outra.

Tem-se que o mediador deve manter-se imparcial durante a sessão de mediação, de modo a assegurar aos participantes tratamento equitativo, isento, neutro. A tarefa diz respeito a ele agir com "ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente." (VASCONCELOS, 2015, p.216).

Ana Paula Ávila (2011) leciona que:

> Imparcial é a qualidade de quem não é parte. A concepção jurídica de *parte* está intimamente ligada a quem tem um interesse próprio. Imparcialidade implica a ausência de interesse pessoal em determinada questão. Uma compreensão ampla de imparcialidade judicial pressupõe que se reconheça na jurisdição uma ***função*** do Estado [...].

Ana Paula Ávila (2011) ainda refere que:

> A imparcialidade desenvolveu-se como dever funcional dos magistrados e decorre de duas regras essenciais: *nemo iudex in causa propria* e *audi et altera parte*. Lançando-se mão da primeira regra, proíbe-se o exercício de poderes funcionais por quem tenha algum interesse pessoal, direto ou indireto, na questão controvertida, dando margem à adoção de hipóteses de impedimento e suspeição; com base na segunda, impõe-se o contraditório e a participação de todos os interessados no processo. Levando-se em conta estas perspectivas, resultam, para o magistrado, os deveres de oferecer oportunidade às manifestações a quem sua decisão venha afetar, e de ponderar todos os interesses juridicamente relevantes no processo. Isso porque somente se tiver conhecimento da totalidade dos interesses dignos de proteção jurídica é que o magistrado estará em condições de ser imparcial.

LA SALLE UNILASALLE CANOAS RS

O mediador, diversamente do magistrado, além de dever ser imparcial no que diz respeito ao seu próprio interesse, necessita se abster quanto ao resultado das questões trazidas pelos mediandos, ou seja, ele não pode interferir de forma a direcionar o efeito dos pontos tratados na mediação. Diferentemente do juiz, ao qual cabe o ofício de julgar, o mediador se presta a facilitar a conversa entre os mediandos (protagonistas na mediação), de forma a restabelecer o diálogo entre eles. (TARTUCE, 2015, p.217).

Nesse sentido, quanto à função do mediador, André Gomma de Azevedo (2012, p.230) leciona que: "[...] é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações (...). Ainda, nos casos em que haja entendimento, o mediador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo".

William Ury (2015, p.28-29) explica que temos um juiz interior e que devemos aprender a lidar com ele, por isso o autor ensina o que é possível fazer com ele:

> E quanto ao juiz interior? Também lhe ofereço um lugar à mesa de jantar. Se tento alimentá-lo ou excluí-lo, ele simplesmente se oculta em algum lugar e continua a julgar do esconderijo. Passei até a ter por ele a mesma consideração que dispensaria a um velho tio que pensa que está tentando me proteger, quando, na verdade, não faz outra coisa senão se intrometer. Aceitá-lo talvez seja a melhor maneira de controlá-lo.

Traçar a diferença entre imparcialidade e neutralidade é uma tarefa bastante árdua, a começar pelo significado da palavra neutro, cujos dicionários tratam como sinônimo de imparcial. Ocorre que, por meio de uma análise jurídica, imparcialidade e neutralidade não possuem o mesmo significado. Por isso, a diferença entre essas duas palavras passa a ser ponto substancial para se buscar o fundamento da imparcialidade do juiz.

A começar pela não-neutralidade, diríamos que essa é inerente ao ser humano, com a incansável luta pela sobrevivência até os dias atuais, com as discussões em tempo real– ao mesmo tempo da ação – sobre as guerras. (OST, 1999, p.357). Segundo Ricardo Timm de Souza (2004, p.20), "em todos os momentos de nossa vida, define-se em cada situação a continuidade de nossa existência, não por atos indiferentes, mas pela especificidade única e não-neutra de cada ato". Portanto, não há como sermos indiferentes, tanto em face da vida (sobrevivência) como da morte (guerras), o que implica a não-neutralidade do ser humano. Dessa forma, o mediador deve reforçar a empatia para entender como é estar naquela situação conflituosa e poder facilitar o diálogo entre os mediandos naquilo que faça sentido para eles, sempre tentando contemplar as questões, interesses e sentimentos de ambos.

Em sentido contrário, há quem defenda a existência de neutralidade:

> O princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção determina que, ao desenvolver seu ofício, o autocompositor proceda com neutralidade – isto é, isento de vinculações étnicas ou sociais com qualquer das partes – bem como se abstendo de tomar partido no curso da autocomposição. Cabe registrar que essa imparcialidade de intervenção deve ser percebida pelas próprias partes, cabendo ao mediador conduzir o processo de forma a assegurar tal percepção. (AZEVEDO, 2015, p.249).

Ultrapassado o assunto sobre a neutralidade, a questão agora circunda em como ser um mediador facilitador de um diálogo e ser imparcial. Assim, vale questionar: como manter a estraneidade em relação às questões, interesses e sentimentos trazidos pelos mediandos, sem interferir na decisão deles? Quais os instrumentos que podem ser utilizados pelo mediador para garantir a imparcialidade como um direito fundamental ao processo justo?

UNILASALLE CANOAS-RS

Dessa forma, fazia-se necessária a regulamentação, de forma expressa, acerca da imparcialidade do mediador, considerando a importância da influência das técnicas por ele aplicadas para a resolução do conflito pelos mediandos. Nesse contexto, em 2010, nasceu a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (com seu texto conforme a emenda nº 1 de 2013) que, em seu artigo primeiro, refere:

> São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. (BRASIL, 2010, art. 1º).

A Resolução nº 125 de 2010 trouxe um rol de princípios norteadores para a atuação dos mediadores. Os princípios, nas palavras de Humberto Ávila (2014, p.55), têm "a função de fundamento normativo para a tomada de decisão." Assim, o enunciado do artigo primeiro da Resolução estabelece o modo como os mediadores devem atuar, ou seja, não são situações ou ações previamente definidas de modo a regulamentar suas ações, mas "[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." (ALEXY, 2015, p.90).

Com o advento do novo Código de Processo Civil, o qual passou a viger em março de 2016, o princípio da imparcialidade está – pela primeira vez – expresso em legislação originariamente brasileira. Nesse cenário, faz-se necessário o estudo da temática, haja vista o incentivo às novas formas de resolução de conflitos previstas no novo Código de Processo Civil, consoante o seu artigo 3º, §3º, dita

a diretriz para todos os operadores do direito: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial." (BRASIL, 2015, art. 3º, §3º).

O artigo 6º do novo Código de Processo Civil prevê o princípio da cooperação: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL, 2015, art.6º). Sobre a temática, considerando a parcialidade das partes, Francesco Carnelutti (2010, p.78) aduz que ouvir a ambas é o que possibilita formar o convencimento do juiz a partir do que é trazido aos autos pelas próprias partes, e não por sua própria convicção, conforme segue: "[...] o que torna possível e útil tal colaboração é o *contraditório*." De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (2010, p.78):

> [...] o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB) impõe, para sua concretização, equilibrada distribuição das posições jurídicas entre todos aqueles que participam do processo, em especial entre o juiz e as partes. No marco teórico do formalismo-valorativo, as relações entre o juiz e as partes não se pautam nem a partir de um modelo isonômico, nem a partir de um modelo assimétrico, mas a partir de um modelo cooperativo de processo, em que a colaboração cobra papel de destaque na organização do formalismo processual.

O modelo cooperativo de processo é distinto do modelo da mediação, eis que no processo o juiz avalia os argumentos trazidos pelas partes para proferir uma decisão, enquanto na mediação, o mediador deve ser neutro, instigando – a partir de ferramentas específicas – o entendimento das partes, conforme explica Petronio Calmon (2013, p.118): "O mediador tem por objetivo permitir que as partes se escutem e compreendam a si mesmas e entre si, reconheçam, entendam e hierarquizem seus próprios interesses e necessidades [...]." Em que pese exista diferença entre processo e mediação quanto à forma colaborativa, percebe-se a sintonia entre ambos no que se refere a uma solução justa e não desigual.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140 de 2015) – a qual vigora a pouco tempo, prevê expressamente, em seu artigo 2º, inciso I, a imparcialidade do mediador. Percebe-se, pois, maior preocupação com os mecanismos que possibilitam a eficácia da imparcialidade nos meios autocompositivos de resolução de conflitos.

Tem-se que a imparcialidade é um aspecto essencial ao ofício do mediador e representa "[...] a equidistância e a ausência de comprometimento do mediador em relação aos envolvidos no conflito." (TARTUCE, 2015, p.202). Entretanto, tomando por paradigma as garantias constitucionais delegadas aos magistrados para assegurar sua imparcialidade e para que o processo judicial seja efetivamente justo, verifica-se que não é possível assegurar a efetividade do princípio da imparcialidade para o mediador.

Em que pese o mediador não seja um julgador e não decida o conflito trazido pelos mediandos, ele tem um enorme poder de influência em relação à decisão que os próprios mediandos tomarão. As ferramentas utilizadas na sessão de mediação pode levar o diálogo a inúmeros caminhos diferentes, e por isso estabelecer mecanismos que proporcionem a efetivação da imparcialidade na mediação é tão importante quanto aos que são assegurados ao magistrado. Segundo Ana Paula Ávila (2011):

> A imparcialidade abrange, ainda, o sentido de objetividade, exigindo que qualquer decisão seja tomada sempre com base em razões legítimas, assim entendidas aquelas que encontram amparo no ordenamento jurídico e que dizem respeito às circunstâncias efetivamente presentes nas questões que se põem no âmbito decisório do juiz.

Preservar a imparcialidade é uma tarefa bem complexa. Diz-se isso porque "Não basta a exigência de conduta imparcial do magistrado. O ordenamento deve proporcionar condições que propiciem a conduta imparcial. A técnica utilizada em nosso ordenamento foi a atribuição de garantias

UNILASALLE CANOAS-RS

à função de magistrado [...]. (ÁVILA, Ana Paula, 2011). E não é diferente o que deve acontecer com o mediador para preservar sua imparcialidade.

Os mecanismos para assegurar o princípio da imparcialidade previstos tanto na Resolução 125 de 2010 como na Lei de Mediação são: o impedimento e a suspeição (que devem ser aplicados nas mesmas hipóteses legais que existem para os magistrados). Nesse sentido:

> Nosso ordenamento jurídico protege a imparcialidade impondo vedações aos juízes (art. 95, parágrafo único, da CF/1988) e prevendo a possibilidade de impugnação por *impedimento* ou *suspeição* (art. 146). São meios de proteção no Novo Código de Processo Civil do direito ao juiz natural. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.176-177).

A legislação trouxe apenas ônus aos mediadores. Existe a hipótese de remuneração a ser fixada pelos tribunais, mas não há, ainda, regulamentação a respeito da temática. Outrossim, não existe qualquer garantia de que haverá um número mínimo de sessões de mediação por determinado período de tempo, garantindo um valor mínimo de remuneração ao mediador.

Outro aspecto interessante acerca do assunto é a redação do artigo 8º da Lei de Mediação, o qual prevê: "O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal." (BRASIL, 2015). Ou seja, para fins de responsabilização, o mediador se equipara a servidor público, mas no que diz respeito a gozar de privilégios como estabilidade (no mínimo – e aqui nem se refere às garantias dos magistrados, mas apenas um direito inerente a todos os servidores públicos) nada lhe é assegurado.

Nesse ínterim, percebe-se que os mediadores possuem apenas deveres, não havendo bônus para a realização de sua atividade senão o prazer em ajudar ao outro. Essa situação é um tanto perigosa, pois fragiliza a real aplicação do princípio da imparcialidade, o que torna menos provável que o mediador mantenha a estraneidade em relação às questões, interesses e sentimentos trazidos pelos mediandos e, dessa forma, dificultando a efetivação do direito fundamental ao processo justo.

UNILASALLE CANOAS RS

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As garantias contidas no artigo 95 da Constituição Federal de 1988, quais sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, das quais gozam os juízes, asseguram ao jurisdicionado um julgador imparcial, que não toma parte na lide. No entanto, verifica-se a anomia dos mecanismos criados para assegurar o alcance e manutenção da imparcialidade do mediador, viabilizando sua aplicação por meio do paradigma das garantias constitucionalmente previstas aos magistrados.

O exercício do múnus público de auxiliar as pessoas numa resolução de conflito não é tarefa fácil. No exercício dessa importante função, o mediador deve não só agir com imparcialidade, mas também de ter a seu alcance garantias e vedações para assegurar sua eficácia.

Todavia, a mediação ainda enfrenta grande resistência no meio jurídico, em especial, para àqueles que argumentam que se estaria negando acesso à justiça, em desacordo com o preceito constitucional. E mais, a disseminação da prática de métodos autocompositivos está voltada para o desenvolvimento de competências emocionais e de descentralização do poder. Essas temáticas são um desafio aos operadores do direito que, na atualidade, necessitam desenvolver outras habilidades para lidar com o conflito a fim de estarem preparados para a nova exigência contemporânea que é a de priorizar práticas consensuadas. Pois, a mediação devolve ao cidadão a responsabilidade dele resolver os seus próprios conflitos e sem a interferência de um julgador.

Em nosso país, em relação à imparcialidade, é fundamental potencializar a aplicação desse princípio, para vetar a figura do juiz ou do mediador parcial. A luta por um sistema processual civil que

evite situações de risco à imparcialidade do julgador e do mediador é fundamental para alcançar um processo civil democrático e minimamente evoluído.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. Mediação Judicial: entraves e perspectivas. In: O Novo no Direito. GAGLIETTI, Muro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline (org.). Ijuí: Unijuí, 2014.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da Imparcialidade e a Independência do Magistrado no C*ivil Law.* Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 27. Salvador: julho/agosto/setembro de 2001. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-ANA-PAULA-OLIVEIRA-AVILA.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, André Gomma. Manual de Mediação Judicial. 3.ed. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas – PNUD, 2012.

AZEVEDO, André Gomma. Manual de Mediação Judicial. 5.ed. Porto Alegre/RS: TJRS, 2015.

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL, Resolução n.125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 2.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Como se Faz um Processo. 3.ed. Sorocaba: Minelli, 2005.

CARVALHO, José Murilo. A Construção da Ordem. A elite política imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

OST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Piaget, 1999.

UNILASALLE CANOAS RS

SOUZA, Ricardo Timm de. Ética como Fundamento: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2.ed. São Paulo: Método, 2015.

URY, William. Como Chegar ao Sim com Você Mesmo. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Resolução Adequada de Disputas (RAD): introdução e capacitação. In: Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 3.ed. São Paulo: Método, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 4.ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LA SALLE
UNILASALLE
CANOAS-RS

JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL: UMA RESPOSTA POSSÍVEL

Camila Mabel Kuhn[1]
Letícia Albuquerque[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as contribuições da justiça restaurativa como uma possível alternativa a ruptura do paradigma retribucionista do sistema penal atual, partindo que a única resposta possível para a crise penal é o abolicionismo do cárcere e do sistema penal como um todo. No entanto, seguindo a tradição da teoria crítica, além da análise baseada no materialismo, é necessária uma resposta para a superação de determinado paradigma, partindo de como é, para o como deve ser, oferecendo uma resposta emancipatória. Para isso o trabalho será desenvolvido através de revisão bibliográfica com método dedutivo. A pretensão é tentar demonstrar que a justiça restaurativa é sim um modelo possível e não apenas alternativo ao modelo do sistema penal atual, e como seus métodos corroboram com as críticas trazidas pelas teorias abolicionistas. Sendo o abolicionismo penal a única opção teórica válida para a crise penal do sistema retributivo, neste sentido, a justiça restaurativa se apresenta como um modelo de justiça aceito neste novo paradigma, para além de um modelo alternativo, mas como uma resposta emancipadora.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Abolicionismo Penal. Teoria Crítica.

1 INTRODUÇÃO

UNILASALLE CANOAS-RS

Dentre os diversos modos de se pensar a ciência jurídica na contemporaneidade, a teoria crítica se apresenta como uma leitura materialista emancipadora diante da crise do racionalismo, e dos fenômenos de desigualdades introduzidos em nossa sociedade pela lógica liberal burguesa. Partindo da adoção da leitura crítica, que propõem a adoção de novas práticas libertadoras da opressão, o presente trabalho realizou a leitura das principais teorias abolicionistas, para a ruptura do atual paradigma retribucionista do atual sistema penal e da abolição do cárcere.

Isso se dá diante da atual falência desse sistema penal que só faz perpetuar desigualdades e violência, sendo que, no entanto, para a ruptura dessa lógica é preciso que se apresente um novo modelo para lugar do anterior. É neste ponto que apresentamos a justiça restaurativa, para auxiliar no processo de ruptura do *status quo* podendo, através de seus métodos e princípios que aqui serão expostos, operacionalizar o novo paradigma.

Para isso, através de revisão bibliografia, será feito uma breve introdução a leitura proposta pelas teorias crítica, para então passarmos a análise do movimento do abolicionismo penal, a partir de seus principais pensadores, e uma exposição do que se entende por justiça restaurativa e seus principais princípios, para por fim, podermos responder se estes dois movimentos se comunicam e se a justiça restaurativa pode ser uma resposta para o novo paradigma libertador.

2 UMA BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA CRÍTICA

A crise da racionalidade introduzida pela modernidade afeta diretamente as ciências humanas como um todo, fazendo que se pense em rupturas, trazendo consigo a necessidade de alteração nos paradigmas pré-existentes, para uma nova construção, dentro deste contexto, também se encontram as

1 Mestranda PPGD/UFSC; camilamabelkuhn@gmail.com
2 Doutora PPGD/UFSC; *let_albuquerque@yahoo.com.br*

Ciências Jurídicas. Essa crise se deve, de acordo com importante nome da teoria crítica brasileira, Antônio Carlos Wolkmer, a ruptura que se deu com antigas verdades que anteriormente nos eram impostas, pela teologia e pela metafísica, mas até mesmo pela racionalidade. Estes saberes já não dão conta de responder as principais questões da atualidade envolvendo a condição humana:

> Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não oferecem mais diretrizes e normas seguras, abre espaço para se repensarem os padrões alternativos de fundamentação (WOLKMER, 2015, p. 25).

A cultura moderna social liberal-burguesa e capitalista, voltada ao individualismo, um poder político centralizado e burocrático, todos estes fatores combinados, além de outros desdobramentos contemporâneos, como o período pós-colonialista, os movimentos feministas, as questões ambientais, resultaram na crise citada pelo autor, o que envolve o direito enquanto fenômeno cultural e social como um todo.

Esta crise segundo Wolkmer (2015, p. 26) se faz presente no contexto histórico da sociedade e da cultura contemporâneas, gerando efeitos que vão do sujeito à sociedade, alcançando inclusive as instituições políticas.

Esta crise, que leva ao movimento, a transição a reestruturação, nos leva a suplantar o antigo modelo de racionalidade, propondo um novo modelo de pensamento, com outro fundamento ético-político, para a construção de um novo paradigma, das palavras de Wolkmer:

> O modelo tradicional de racionalidade tecnoformal é suplementado pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória. Na práxis histórica libertadora, redefine-se a noção superior de racionalidade, que, como pressuposto do pensamento e da ação, apresenta um projeto transcendente que não mais oprime, mas busca libertar o sujeito subalterno e a sociedade vitimados pela colonialidade. [...] sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e das possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito (WOLKMER, 2015, p. 27).

Partimos da concepção de Kuhn de paradigmas, voltada à resolução de problemas científicos, e, porque não, problemas, ou o seus quebra-cabeças, da ciência jurídica. Neste sentido temos a visão de paradigma de Kuhn em duas perspectivas:

> De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explicitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal (KUHN, 1992, p. 218).

Dentro desse contexto surge a teoria crítica, dentro da contemporaneidade, tem seu principal marco junto a Escola de Frankfurt, que, propôs um pensamento crítico emancipador dentro do materialismo para além do regime político (socialismo), rompendo com o marxismo ortodoxo, porém sem deixar de lado o ideário utópico e revolucionário (WOLKMER, 2015, p. 34).

Para Nobre (2008, p. 11), cabe a teoria crítica, trabalhando dentro dessa perspectiva emancipadora, estudar e apresentar, diante de cada momento histórico, “arranjos concretos” que

funcionarão com potencial emancipatório, diante dos obstáculos contemporâneos que surgirem ao processo de emancipação.

Wolkmer (2015, p. 29) salienta para a ambigüidade ligada a expressão "crítica", a qual pode ser utilizada de diversas maneiras e em diversos sentidos. Seu uso para crítica, enquanto processo histórico, como o rompimento do velho, até mesmo de modo radical, mas com o foco em trabalhar no desenvolvimento do novo, terá no sentido de "conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio", citando Paulo Freire, na busca de um novo modelo de racionalidade.

A emancipação[3] do sujeito oprimido, do subalterno, conforme mencionam os autores, é um dos pontos centrais de sua argumentação para a proposição de uma teoria crítica, que parta da materialização histórico-social e de uma ética-política, para propor novos padrões de racionalidade e questionar os preexistentes. Esta libertação do homem tem um sentido global, de sua condição de alienado, "sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado", de modo que, haja uma verdadeira mudança da sociedade.

Nobre (2008, p. 8) trabalha a teoria crítica em uma perspectiva de como as coisas devem ser. Para este autor, a teoria crítica trabalha como as coisas como são, mas na forma de "tendências", nesse sentido ele parte que: "Se fazemos teoria para demonstrar como as coisas devem ser não conseguimos mostrar como de fato são; se dizemos que as coisas devem ser como de fato são, eliminamos a possibilidade de que possam ser outra coisa que não o que são". Assim, para Nobre (2008, p. 10), a teoria crítica trata como as coisas são, mas a partir da perspectiva de como deveriam ser, definindo crítica como "dizer o que é em vista do que ainda não é, mas pode ser".

Para Nobre não se pode falar em teoria crítica se não se confirmar em:

> [...] prática transformadora das relações sociais vigentes. As ações a serem empreendidas para a superação dos obstáculos à emancipação constituem-se em um movimento na própria teoria. Nesse sentido, o curso histórico dos acontecimentos – como resultado das ações empreendidas contra a estrutura de dominação vigente – dá a medida para a confirmação ou refutação dos prognósticos da teoria (NOBRE, 2008, p. 11).

Nos termos de Wolkmer (2015, p. 36 e 37), para que uma teoria crítica tenha "tipicidade formal e aceitabilidade" esta precisa apresentar quatros requisitos essenciais: a) transição objetivamente/teórico possível do estágio inicial ao final proposto; b) a necessidade desta transição deve estar demonstrada, em razão da dependência do estágio inicial; c) necessidade da "autoconsciência", da emancipação, para a adoção do estágio final; d) e por fim, a sociedade a ser aplicada a teoria crítica satisfaz os critérios anteriores para ser o marco inicial.

A teoria critica, conforme se percebe, tem uma formalização positiva de acordo com a sua ideologia, tornar o processo adequado para a real emancipação, para atender os interesses e necessidades dos "realmente oprimidos", mesmo não se tratando de uma ciência empírica, combina seu conteúdo teórico a uma prática instrumental, de modo que sirva de fato aos segmentos mais marginalizados da sociedade, promovendo a autoconsciência de seus agentes de suas desigualdades e das injustiças às quais estão submetidos por parte dos setores dominantes da sociedade (WOLKMER, 2015, p. 35 e 36).

E, é dentro desta perspectiva que o presente trabalho gostaria de estar, tratando o abolicionismo penal, como se fosse, dentro de uma perspectiva do que deveria ser, como ponto de partida, conforme preceituam as teorias críticas, e neste mesmo sentido, a partir de uma nova adoção, tentando oferecer

3 Wolkmer se utiliza, para tanto, do conceito de emancipação desenvolvido por Celso Nunes, em seu texto "Educar para a Emancipação", considerando a emancipação como uma "autonomia crítica, cultural e simbólica, esclarecimento científico, libertação de toda a forma de alienação e erro, de toda submissão, engodo, falácia ou pensamento colonizado, incapaz de esclarecer os processo materiais, culturais e políticos".

UNILASALLE CANOAS RS

uma resposta emancipatória, a partir da justiça restaurativa, uma vez que, a teoria crítica prescinde de uma resposta, a crítica por si só não leva a nenhuma ruptura, a ruptura de fato somente se dá a partir de uma nova adoção, de um novo paradigma, essa é nossa proposta central.

3 ABOLICIONISMO PENAL: O MOVIMENTO COMO PONTO DE PARTIDA

O abolicionismo penal hoje pode ser entendido como um movimento, não heterogêneo, de raiz crítica criminológica, que em suma, propõe a extinção da pena, em especial a pena de cárcere, através de um novo modo para se pensar o direito penal e seus sistemas de segregação, a fim uma verdadeira libertação[4].

O abolicionismo como movimento social é uma expressão técnica que designa a ação coletiva de setores da sociedade ou organizações sociais para defesa ou promoção, no âmbito das relações de classes, de certos objetivos ou interesses - tanto de transformação como de preservação da ordem estabelecida na sociedade. Segundo Alonso (2014, p. 120), movimentos sociais devem ser interpretados como "redes de interações", uma vez que movimentos são heterogêneos, não possuem apenas uma fração ou alinhamentos estáveis, "não formam coro, mas orquestra". Apenas aos adversários interessaria interpretar os movimentos como unitários, isto e, não existe apenas um movimento abolicionista penal, ou um entendimento deste mais correto que outro, este confronto só interessa a quem se opõem aos movimentos.

Achutti, criminalista brasileiro pesquisador de modelos de substituição a atual justiça criminal, lista alguns movimentos abolicionistas penais:

> Abrangendo os movimentos escandinavos pela abolição da prisão e contra a disciplina camuflada, no anos 1960, assim como as atividades do grupo Alternativas Radicais à Prisão (*Radical alternatives do Prison* – RAP), na Inglaterra dos anos 1970, e os grupos de Michel Foucault na França, e KRAK, na Alemanha Ocidental, ambos contrários à prisão – quanto como uma perspectiva teórica, que busca questionar a validade do modelo penal da culpa e do castigo e apresentar novas formas de abordagem dos conflitos sociais tidos oficialmente como delituosos (ACHUTTI, 2014, p. 92).

Enquanto teoria, este movimento precisa ser contextualizado e em certo modo conceituado, não no sentido de delimitação, mas de parâmetros mínimos para um devido estudo científico. Nestes termos, iniciamos com Tiveron, especialista em sistemas de justiça criminal e pesquisadora de meios alternativos ao sistema penal, que resume alguns tipos de abolicionismos penais, conforme seus parâmetros de discurso:

> O movimento criminológico abolicionista possui várias vertentes, desde a institucional, que apregoa o fim das prisões, ao reducionismo penal, que visa limitar a esfera de atuação jurídico-penal, passando pelo abolicionismo penal, que defende a própria extinção do sistema penal, até sua forma mais radical, que refuta toda forma de castigo (TIVERON, 2014, p. 265).

A partir da crítica que o sistema penal causa mais malefícios do que benefícios à sociedade, e fundamentando o porquê da necessidade de uma verdadeira "abolição" do cárcere, temos o que leciona Cohen citado por Achutti:

---

4 Hoje, no Brasil existe uma população carcerária, oficial, de 615.933 presos, a 4ª maior população carcerária do mundo, com um déficit de 244 mil vagas no sistema penitenciário. Destes, 39% estão em situação provisória, ou seja, ainda não tiverem condenação pelos atos em desconformidade com a lei pelos quais são acusados.

> O abolicionismo penal – corrente político-criminal cuja própria denominação indica suas pretensões – é, segundo Cohen, produto das políticas contraculturais dos anos 1960 que propiciaram o surgimento da teoria do etiquetamento e da nova criminologia ou criminologia crítica. Tem seu foco voltado para a construção de uma crítica capaz de deslegitimar de forma radical do sistema carcerário e a sua lógica punitiva, visando à instauração de uma maneira notavelmente diferente de lidar com as situações tidas oficialmente como delituosas (ACHUTTI, 2014, p. 91).

Assim, o abolicionismo penal surge a partir dos estudos da criminologia crítica, que se preocupa em questionar o verdadeiro sentido das punições e das instituições ligadas ao direito penal. Alessandro Baratta, filósofo, sociólogo e jurista italiano, é um dos precursores da criminologia crítica e considerado o impulsionador da teoria/movimento do abolicionismo penal, e das teorias do direito penal mínimo[5], sua teoria, com bases marxistas, alterou o que se entende por criminalidade e sistema punitivo. Sua teoria teve repercussão global e significativa influência no estudo da criminologia principalmente na América Latina, historicamente local de opressão[6].

Assim, temos a leitura da criminalidade segundo a criminologia crítica: em primeiro lugar, refere-se apenas a um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, que estarão descritos nos tipos penais; em segundo lugar, refere-se a seleção dos indivíduos estigmatizados e oprimidos, dentre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade, em suma, é um "bem negativo", distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2014, p.161).

Sendo assim, conforme o leitor já pode ter notado, seguindo o que determina a criminologia crítica, e, no intuito de romper com o *status quo*, não serão utilizados no presente artigo termos pejorativos como "crime", "criminalidade", "criminoso", "acusado", "culpado", etc.

A partir de marcos teóricos marxistas e críticos, Baratta passa a entender o sistema penal como um repetidor da lógica de exploração do homem pelo próprio homem. Segundo ele, o sistema penal passa a produzir e reproduzir desigualdades:

> O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e imunizar dos processos de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isso ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei em com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais (BARRATA, 2014, p. 165).

Ressalta-se que Baratta defendia a "exclusão" da pena de cárcere, tanto em razão da analogia feita a teoria marxista de exploração, de criação da marginalização, da luta de classes presente dos

---

5 O minimalismo penal ou o direito penal mínimo é bastante criticado pelos abolicionistas penais, uma vez que não rompe com o paradigma do cárcere, e, pelo mesmo motivo, não será abordado nesse trabalho. Como principal nome do minimalismo, o professor Luigi Ferrajoli defende que ainda precisamos do direito penal, mas apenas para um pequeno número de casos, sob pena de acabarmos retornando as vinganças privadas (*vide* Zaffaroni, 2015, p. 101 e 103).

6 Como um dos principais nomes da criminologia crítica Baratta não chega a ser considerado um abolicionista radical, mas um minimalista radical, porém, gostamos de pensar em Baratta como um abolicionista mediato, uma vez que, acima de tudo defende que se caminhe para a extinção dos cárceres e se repense o direito penal. Segundo Tiburtino, a proposta de Baratta teria um fim mediato de uma máxima contração do âmbito da intervenção penal e como objetivo imediato ou semelhante à proposta abolicionista. De qualquer forma os minimalistas e os abolicionistas compartilham a ideia da necessidade de contenção do poder de punir estatal.

UNILASALLE CANOAS-RS

processos de formação do direito penal, mas também, em razão do sofrimento desproporcional e do fracasso histórico conferido ao cárcere.

Sobre o referido fracasso histórico do cárcere, tem-se a obra crítica de Michel Foucault[7], pioneiro no abolicionismo penal, foi filósofo e historiador, formado em psicopatologia. Suas teorias abordam a relação entre poder e conhecimento e como estes são usados como uma forma de controle social pelas instituições. Sua obra "Vigiar e Punir" de 1975 é a primeira referência teórica contemporânea deste saber de "contracultura" por se tratar de uma crítica histórica-materialista em relação ao cárcere. Tal qual Baratta e demais pesquisadores de base marxista, trabalha os fenômenos criminológicos de forma materialista e não especulativa. Dentre suas conclusões da referida obra, destaca-se o trecho a seguir:

> Este objetivo é a abolição da instituição carcerária. A derrubada dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria (FOUCAULT, 2014, p. 213).

Para Foucault o sistema carcerário, e as formas de execução das sentenças são como uma "fornalha" que ascende e dá causa a violência. Durante sua crítica ao cárcere, feita através de relatos históricos, ele afirma: "A pena não mais se destina a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar sua personalidade, a modificar suas disposições criminosas, a cessar somente após a obtenção de tais modificações" (FOUCAULT, 2014, p. 23). Para Foucault (2014, p. 300) o sistema carcerário faz uso dos jogos de poder para apagar o que há de exorbitante no exercício do castigo. Foucault trata a prisão como desacreditada e falida desde o seu princípio.

Dentre as diversas posições abolicionistas, temos o enfoque da "criminologia radical", trabalhada por Thomas Mathiesen, sociólogo norueguês, um dos maiores representantes hoje do movimento abolicionista, sua teoria também é influência marxista, característica que marca os principais pensadores do movimento abolicionista penal. Segundo Carvalho (2008, p. 127), a política abolicionista de Mathiesen, também conhecida como de "Revolução Permanente", criou e fomentou a Organização Norueguesa Anti-Carcerária (KROM), cujo seu principal foco é a ampla abolição do cárcere, negando qualquer proposta tida como alternativa, dado ao seu temor de que estas poderiam facilmente se transformar em novas estruturas carcerárias de repressão.

Zaffaroni (2015, p. 99) cita Mathiesen como o estrategista do abolicionismo em razão de sua idéia de revolução permanente e seus pontos de argumentação. Para o jurista argentino, o teórico norueguês vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, em conformidade com os ideais marxistas: "sua proposta parece aspirar não apenas a abolição do sistema penal, como também à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade". Na sua ideia de reforma permanente e gradual, Mathiesen desenvolveu oito premissas a partir das quais se deveria reclamar pelo abolicionismo penal reclamando a não criação de novos presídios e ressaltando a falência dos argumentos em prol do sistema retributivo[8].

---

7 Foucault não conceitualizou ou defendeu abertamente o que se entende hoje por abolicionismo penal, mas sem sombra de dúvida, foi um abolicionista que não admitia as idéias de sistemas de poder. Das palavras de Zaffaroni (2015, p. 101 e 102): "Embora não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores aqui analisados, Michel Foucault foi, sem dúvida, um abolicionista. [...] Embora Foucault não ofereça considerações táticas para avançar rumo ao abolicionismo, permite entrevê-las quando aconselha a "técnica do judoca", ou seja, quando se refere a debilidade que sofre o poder ao utilizar-se de violências, que o deixa apoiado em um só pé. Deve ser observado que a utilização da força do adversário, sem substituição ao emprego da própria violência, é um postulado básico de qualquer tese da "não-violência".

8 Das palavras de Carvalho (2008, p. 128): (a) A prevenção especial positiva é irreal. Os sentenciados, durante o encarceramento, não melhoram. Na verdade, isso dificulta a reintegração à sociedade e aumenta as taxas de reincidência, além de causar sérios danos à personalidade. (b) A prevenção geral negativa é incerta. Não há qualquer prova de que o sistema penal reduza a criminalidade. Acredita-se, entretanto, que políticas sociais e

UNILASALLE CANOAS-RS

Nils Christie, também norueguês, sociólogo e criminólogo, defende que a sociedade deve ser entendida e interpretada no seu todo. Em detrimento do sofrimento e dor impostos pelo sistema penal, postula um abolicionismo penal, desde a década de 1970, atacando esse tipo controle social e a violência exercidos pelo sistema penal (ACHUTTI, 2014, p. 104). De acordo com Zaffaroni, Christie destaca expressamente a "destrutividade" das relações comunitárias causadas pelo sistema penal (2015, p. 101).

Louk Hulsman, criminólogo holandês e um dos principais nomes na atualidade do abolicionismo penal, defende o "integral abandono", sem exceções, das penas da justiça penal e adoção de formas societárias de resolução de conflitos. Para Hulsman, diante da inutilidade do sistema penal para a resolução de conflitos, este passa a ser um problema em si mesmo, e, portanto, defende que ele deve ser abolido totalmente enquanto sistema repressivo, uma vez que: "causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos (principalmente as vítimas); e é sumamente difícil de ser mantido sob controle" (ZAFFARONI, 2015, p. 98).

Hulsman, também reclama para a necessidade de alteração da linguagem penal, a fim de permitir uma maior tolerância com modelos culturais diferenciados e a construção da "situação problemática", para cessar a segregação envolvendo a sociedade, a vítima e o os agentes dos atos em desconformidade com a lei (CARVALHO, 2008, p. 131).

Das palavras de Zaffaroni, Hulsman propõe um modelo alternativo para a resolução das "situações problemáticas", de modo compensatório, terapêutico, educativo ou assistencial:

> Hulsman propõe uma nova linguagem que suprima as categorias de "crime" e "criminalidade" que, como categorias, são "reitificadas" no pensamento ocidental, por escamotearem, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que, obviamente, não desaparecerão com a supressão do sistema penal (2015, p. 99).

Este seria um ponto importantíssimo da teoria de Hulsman. Para ele, ao eliminarmos o conceito de crime, abriríamos a possibilidade de "uma completa renovação de todo o discurso em torno do chamado fenômeno criminal e da reação social que ele suscita" (ACHUTTI, 2014, p. 97).

Segundo afirma Achutti (2014, p. 91), na mesma linha de raciocínio de Foucault e dos demais, o sistema penal inteiro foi criado unicamente para perpetuar a lógica de uma ordem social já previamente estabelecida a qual, de forma indireta ou direta, deu causa ao ato em desconformidade com a lei, injusta, seletiva e estigmatizante.

A partir de um paradigma que desconsidere o crime e o cárcere, como resposta ao sistema penal atual retributivo, é que a justiça restaurativa se apresenta, para contribuir enquanto parte da resposta, ao movimento abolicionista, e em certo sentido operacionalizar o abolicionismo penal.

---

econômicas tenham uma influência maior e mais eficaz sobre a questão da criminalidade. (c) Na atualidade, usa-se a superlotação como desculpa para a criação de novos presídios. Com mais presos em regime semiaberto e encurtamento das penas, pode-se intensificar o processo de mudança de um sistema punitivista para uma sociedade sem prisões (d) A irreversibilidade da construção de novos presídios. Uma vez construídos, a construção dificilmente será usada para outro fim. Alguns autores sustentam ainda que a abertura de mais vagas no sistema carcerária estimularia os juízes a serem mais punitivistas. (e) Caráter expansionista. Há uma tendência no sistema prisional de crescimento, sendo cada vez mais necessário aumentar o número de presídios. (f) Caráter desumano. As prisões são formas institucionais e sociais desumanas ao retirarem a autonomia do condenado. (g) Violência e degradação dos valores culturais (h) Alto custo econômico. O sistema carcerário gasta uma quantia enorme com seus juízes, promotores, penitenciárias e etc. Acredita-se que o capital investido no sistema seria mais benéfico à sociedade se investido em outras áreas.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA CONTRIBUIÇÃO AO ABOLICIONISMO PENAL

A justiça restaurativa, tal qual o abolicionismo penal, surge como um movimento que refletia a insatisfação crescente com o sistema de justiça criminal tradicional.

A justiça restaurativa[9] em um primeiro momento pode ser entendida como um modelo de justiça moderno que se utiliza de círculos restaurativos participativos para a reconstrução dos laços rompidos em decorrência do ato em desconformidade com a lei, a restituição das vítimas, e um instrumento para a implementação da cultura de paz, podendo proporcionar, dentro do que preceitua seus princípios, a ampliação no número de atores que participariam do processo, se dispondo a ofertar contato com o sentimento de justiça.

A justiça restaurativa não possui um conceito fechado e intransigente, e sim determinadas características intrínsecas ao seu procedimento, que passam a formar o que se entende por Justiça Restaurativa, em razão da sua necessidade de se adaptar ao caso concreto. Neste sentido:

> Primeiramente cabe destacar a impossibilidade de conceituação da Justiça Restaurativa [...] uma vez que esta possui um conceito eminentemente aberto, em decorrência de suas próprias características de voluntariedade e informalidade, buscando um circulo onde os próprios envolvidos definem seu regramento, se mostrando aberta e adaptável ao caso concreto (KUHN E MACHADO, 2016, p. 136)

A justiça restaurativa funciona como um modelo padrão possuidor de liberdade e flexibilidade a se moldar de acordo com o caso concreto, no qual se deve seguir suas principais premissas, que ajudarão a entender do que se trata a justiça restaurativa, conforme elucida Vitto (2005):

> Por certo não poderemos avançar além do estabelecimento das linhas mestras do modelo, por duas razões: o sistema caracteriza-se por uma considerável diversidade, contemplando a realização de círculos, painéis e conferências restaurativas, entre outros métodos; o procedimento é profundamente marcado pela flexibilidade, já este que deve ajustar- se à realidade das partes, e não forçá-las a adaptarem-se aos ditames rígidos, formais e complexos, caracterizadores do sistema tradicional de justiça.

Achutti, dentro do contexto da criminologia, explica o que seria a justiça restaurativa, citando Mylène Jaccould, que enfrenta o tema de forma sucinta, porém incluindo todos os seus requisitos fundamentais:

> Quanto à Justiça Restaurativa, trata-se de uma aproximação que pretende enfrentar o fenômeno da criminalidade privilegiando "toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito". Surge, portanto, como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, tendo como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal, a fim de restaurar o máximo possível o *status quo* anterior ao delito (JACCOULD *apud* ACHUTTI, 2009, p. 71).

Um dos grandes mentores contemporâneos da justiça restaurativa, o norteamericano Howard Zehr (2012, p. 24), destaca que um dos principais pontos da JR é que esta refere-se a um procedimento voluntário, ou seja, as partes envolvidas deverão participar por livre e espontânea vontade, dentre estas partes, esta a vítima, que será trazida ao centro do procedimento, ao ponto que sua vontade prevalecerá sobre a legislação, juntamente com a comunidade ou coletividade envolvida no ato em desconformidade

9 A justiça restaurativa será, em algumas vezes, referida neste trabalho apenas como JR.

UNILASALLE CANOAS RS

com a lei, de modo a ampliar o circulo relacional existente entre estes e o agente do ato, para muito além do Estado e da máquina judiciária.

Resumidamente, a justiça restaurativa é um modelo contemporâneo de justiça, "se apresentando como um novo olhar sobre o ato em desconformidade com a lei" passa a adotar um processo eminentemente participativo e aberto, envolvendo toda a comunidade ou coletividade, destacando o papel da vítima que é suprimido pelo estado no atual paradigma, que buscará em contato com o agente responsável pelo ato, restaurarem os laços rompidos, promovendo uma verdadeira cultura de paz (KUHN E MCHADO, 2016, p. 136).

Propõe, inclusive um novo modo de olhar o próprio crime, que não é mais encarado de acordo com a previsão legal, ou com a mera violação da lei, mas de acordo com o dano causado (ZEHR, 2008, p. 174).

Um dos pontos centrais que vão diferenciar a JR dos demais modelos de justiça, é o tratamento que esta se dispõem a vítima e ao agente do ato em desconformidade com a lei, o que não ocorre com o atual sistema penal.

Muda-se o foco, o processo que era voltado a condenar o agente passa a voltar-se para os interesses da vítimas, ela passa a ocupar o local central do processo. Zehr (2012, p. 26) ainda destaca, não raras às vezes, a vítima, durante os procedimentos de justiça padrão existentes, é excluída, negligenciada, e agredida em sua moral. Deixa-se de atender a vontade da parte mais atingida pelo fato, para se atender as demandas estatais ou previsões legais. A Justiça Restaurativa, diferentemente, visa proporcionar a vítima seu devido lugar de protagonista no procedimento, a fim de atender as suas expectativas: do direito a informação, a ser ouvida e a ser restituída.

Cabendo ao agente, no lugar de tronar-se uma segunda vítima, só que neste ponto do sistema penal, um processo de auto-responsabilização, sem contudo, negar a responsabilidade pela devida restituição em relação ao fato, uma visão além da retribuição existente nos sistemas atuais de justiça, das palavras de Zehr:

UNILASALLE CANOAS RS

> O processo dificilmente estimula o ofensor a compreender as consequências de seus atos ou desenvolver empatia em relação a vítima. Pelo contrário, o jogo adversarial exige que o ofensor defenda os próprios interesses. O ofensor é desestimulado a reconhecer sua responsabilidade e tem poucas oportunidades de agir de modo responsável concretamente (ZEHR, 2012, p. 27)

Zehr, ao propor que se mude o foco, propõem com isso, que o agente olhe verdadeiramente para os danos que causou mesmo os imateriais, para além do que o estado considera como bem jurídico tutelado, e sim para o que a vítima entende como lesão sofrida, e para como se sente em relação a tal lesão:

> A verdadeira responsabilidade, portanto, inclui a compreensão das consequências humanas advindas de nossos atos – encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem fizemos. Mas, na verdadeira responsabilidade vai um passo além. Ela envolve igualmente assumir a responsabilidade pelos resultados de nossas ações. Os ofensores deveriam ser estimulados a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e depois incentivados a tomar as medidas para reparar os danos (ZEHR, 2008, p. 41).

Outro ponto peculiar a justiça restaurativa , diz respeito a olhar para os anseios da comunidade ou da coletividade, oriundos do ato em desconformidade com a lei, os possíveis danos por estes sofridos, e também sua possível responsabilidade, e portanto, passando a ser parte do procedimento restaurativo. Para Zehr (2012, p. 28), as comunidades sofrem com os impactos do fato delituoso, e, em razão disso devem ser consideradas partes interessadas funcionando como "vítimas secundárias" do processo. Para

ele, "os membros da comunidade têm importantes papéis a desempenhar e talvez, ainda, responsabilidades em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos".

Sobre a importante participação de toda a coletividade envolvida no fato, Zehr destaque seu importante impacto em caso de graves violações:

> Talvez seja mais fácil conseguir o apoio da comunidade a programas que lidam com os chamados "casos de menor gravidade". No entanto, a experiência tem demonstrado que a Justiça Restaurativa pode produzir maior impacto nos casos de crimes mais graves. Além disso, se seus princípios forem levados a sério, a necessidade de abordagens restaurativas fica muito clara no tocante aos casos mais graves (ZEHR, 2012, p. 21).

E assim, Zehr forma o que ele chama de "roda" (2012, p. 45):

> No centro será o foco principal: corrigir os danos e males. Cada um dos raios representa um dos elementos essenciais citados acima: focar o dano e as necessidade, tratar das obrigações que envolvem os interessados (vítimas, ofensores e comunidade de apoio) e, na medida do possível, fazê-lo através de um processo cooperativo e inclusivo, Tudo isso, é claro, numa atitude de respeito por todas os envolvidos.

Forma-se um triângulo relacional onde vítima, ou vítimas, agente ou agentes e a comunidade envolvida, juntos, buscarão o diálogo sobre o fato, a reparação dos dados, a restauração dos interesses sociais e dos laços rompidos com o fato, para a manutenção de uma cultura de paz. Zehr (2012, p. 76) destaca que a Justiça Restaurativa é um "convite ao diálogo", para que possamos aprender uns com os outros, e este encontro busca a evolução conjunta acima de tudo "É um lembrete de que estamos todos interligados de fato".

A justiça restaurativa é método alternativo para a resolução de conflitos, recomendado pela Organização das Nações Unidas, a qual, em sua Resolução de nº 2002/12 tratou sobre o tema, descrevendo os princípios básicos que recomenda para adoção da Justiça Restaurativa, sugerindo sua implementação junto aos seus países membros[10].

O cumprimento a lei, durante os procedimentos que buscam justiça, devem deixar de ser o principal objetivo, e sim, a restauração dos laços rompidos entre as pessoas envolvidas e a sociedade num todo, priorizando a cultura de paz, e encerrando o circulo vicioso de violência da atualidade, dando ênfase ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Segundo levantamento feito na cidade de Caxias do Sul, onde existe uma política de pacificação social e implementação da Justiça Restaurativa[11], o que se verifica após a realização de um circulo restaurativo, é a satisfação da vítima, uma vez que a justiça restaurativa considera as suas necessidades e visa à superação da experiência traumática vivenciada, buscando, o tanto quanto seja possível, a reparação aos danos sofridos; uma redução na reincidência, uma vez que os princípios da JR proporcionam uma maior compreensão ao agente dos efeitos de sua conduta; uma maior coesão comunitária, no sentido de que ao chamá-la a participação neste processo, restaurando-se a "normalidade" e reinserindo o ofensor novamente em sua comunidade, o que também contribui para a não reincidência; uma redução dos gastos públicos ao otimizar verbas que seriam destinadas a segurança pública e longos procedimentos judiciais.

Em toda a América projetos como este foram desenvolvidos, a partir de práticas de mediação, e de um processo pautado pelo diálogo para a solução dos conflitos, tendo como ponto em comum a

---

10Texto integral da resolução disponível em: http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.Uv6xH8RDv64.

11Relatório do ano 2012-2013, intitulado "A Paz nasce de uma Nova Justiça" disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica.pdf

UNILASALLE CANOAS-RS

presença de um facilitador imparcial; a participação voluntária das partes, vítima e responsável; a respeitabilidade entre as partes, resultando em esclarecimentos "transformativos" (SANTOS, 2011, p. 65).

A fim de contornar o quadro de violência pelo qual passa toda a América do Sul, os países tem cooperado para a implementação da justiça restaurativa. Neste sentido, durante o Seminário *Construyendo La Justicia Restaurativa em America Latina*, realizado na cidade de Santo Domingo de Heredia na Costa Rica no ano de 2005, os países editaram uma Declaração conhecida como Carta da Costa Rica[12], recomendando a utilização dos procedimentos restaurativos para a diminuição dos índices de violência, vindo a elencar os princípios basilares da Justiça Restaurativa na América Latina (SANTOS, 2011, p. 66 e 67). Dentre eles:

> *Articulo 2º: Son postulados restaurativos los basados en principios y valores restaurativos tales como:*
> *1. Garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos y respecto a la dignidad de todos los intervinientes.*
> *2. Aplicación en los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios.*
> *3. Plena y previa información sobre las prácticas restaurativas a todos los articipantes de los procedimientos.*
> *4. Autonomía y voluntad para participar en las prácticas restaurativas en todas sus fases.*
> *5. Respeto mutuo entre los participantes del encuentro.*
> *[...]*[13]

LA SALLE UNILASALLE CANOAS RS

De modo geral, se pode afirmar que todos os autores críticos ao sistema penal atual, considerados abolicionistas, em suas mais diversas vertentes, possuem em comum, além da crítica ao atual sistema, sua descrença a lei penal e a justiça criminal, a "crença na possibilidade de mudança social em direção de uma maneira construtiva de pensar e lidar co os fatos tidos como criminais" (ACHUTTI, 2014, p. 112).

Das contribuições de Achutti:

> para além da mera crítica negativa ou de representar apenas uma proposta utópica, é possível entrever possibilidade concretas de estruturação de um mecanismos de resolução de conflitos pautado pelas críticas abolicionistas, em especial desde as contribuições de Hulsmn e Cristie (ACHUTTI, 2014, p. 113).

É neste contexto, e dentro da lógica proposta pelo presente artigo, de se olhar de maneira crítica para a atual conjuntura penal, apresentando as teorias e o movimento do abolicionismo penal como o caminho para um novo paradigma, que a justiça restaurativa se apresenta, para contribuir e operacionalizar essa libertação através da adoção de uma nova cultura de paz.

É possível estabelecer uma conexão entre os discursos do movimento abolicionista penal e das propostas restaurativas (ACHUTTI, 2014, p. 113). Ambas buscam romper com o monopólio do poder punitivo segregador do Estado, o fim do cárcere, e o atendimento as vítimas desse sistema, diretas e indiretas, incluindo o devido atendimento ao agente do ato.

---

12 Texto na integra disponível em: http://www.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration.

13 Tradução: Artigo 2: São postulados restaurativos os baseadas em princípios restaurativo e valores, tais como:
1. Garantir o pleno exercício dos direitos humanos e o respeito pela dignidade de todos os envolvidos.
2. Aplicação em sistemas comunitários judiciais e prisionais.
3. Plena e completa informação prévia sobre as práticas restaurativas a todos os participantes do procedimento.
4. Autonomia e vontade de participar em práticas restaurativas em todas as suas fases.
5. O respeito mútuo entre os participantes da reunião.

O abolicionismo penal é necessário, a opressão e a perpetuação de desigualdades cometidas pelo atual sistema penal e pelo sistema carcerário não podem perpetuar-se, é preciso uma irrestrita libertação/emancipação dessa opressão. Uma vez que não poderão impedir atos lesivos, ou em desconformidade com a lei, é preciso estabelecer novos mecanismos para atender essa demanda do novo paradigma, é neste ponto que a justiça restaurativa surge como uma possível resposta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto no presente trabalho, movimentos são sempre heterogêneos, e com o movimento abolicionista não seria diferente, seus diversos pensadores, e até mesmo aqueles que introduziram o debate a cerca da falência do sistema penal e do cárcere possuem suas particularidades. No entanto, diante do que apresentamos como justiça restaurativa e dentro desse movimento aberto que procura o diálogo para a solução de conflitos de forma pacifica uma intersecção.

Na proposta de uma perspectiva crítica, que se coloca para além da crítica, ou seja, ela possui um ponto de partida criticável por ser opressor, mas se dispõe a oferecer uma resposta, para essa parcela da sociedade oprimida, o que se vislumbra é que se parte do paradigma retribucionista baseado no cárcere como mecanismo perpetrador de desigualdades e de violência, operador da opressão, que apenas gera mais violência e não resolve o problema do 'crime', para caminharmos ao outro pólo, nosso ideal é o abolicionismo penal, a realidade que ainda não temos, mas uma analise como se fosse, operacionalizada, e possível através de mecanismos restaurativos.

Não podemos evitar a violência em sua totalidade, ou a ocorrência do ato em desconformidade com a lei, mas podemos caminhar para amenizar esta ao máximo, no sentido de cessar com os institutos e instituições violentos, e tratar os atos em desconformidade com a lei sem violência, favorecendo uma verdadeira cultura de paz.

UNILASALLE
CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa. 1 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALONSO, Angela. O abolicionismo como movimento social. Novos Estudos. N. 100. São Paulo: CEBRAP, novembro 2014, pp. 115-137.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução a sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LÉON, Andrea Catalina; et tal. Pela completa ressocialização do agressor e por uma maior valorização da vítima: o uso da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica. In: Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano 39, n. 128, p. 47 - 70, dez./2012.

KUHN, Camila Mabel; MACHADO, Muriel Magalhães. A Justiça Restaurativa e os Crimes Violentos: um ponto de intersecção. *In:* Almeida, Rotta Bruno; GHIGGI, Mariana Portella (Orgs). Escritos em Ciências Criminais I. São Paulo: Max Limonad, 2016.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções cientificas. 3. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

MACHADO, Muriel Magalhães. A Justiça Restaurativa como oportunidade: reflexões sobre a sua implementação na infância e juventude. Monografia apresentada para a Conclusão do Curso de Graduação da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC. Florianópolis: 2012.

NOBRE, Marcos. A Teoria Crítica. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 2002/12. Nações Unidas: 2012.

TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014.

VITTO, Renato Campos. De Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. *In*: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso 16/07/2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 9 ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa: teoria e prática. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

LA SALLE
UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – A FRAGMENTAÇÂO DO DIREITO E A TUTELA DOS CONSUMIDORES

CANOAS, 2016.

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Carla Froener Ferreira[1]

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema a reprodução humana assistida na Sociedade do Espetáculo, de Guy Debord. Objetiva investigar como prospera o mercado da reprodução e em que sentido a atual sociedade voltada ao consumo pode influenciar este cenário. Busca também estudar a Sociedade do Espetáculo e o quanto seus elementos caracterizadores estão presentes nas relações sociais e na promoção das técnicas de reprodução assistida. O método científico escolhido é o dedutivo, que procede do geral para o particular. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica. Pelo desenvolvimento do artigo, percebe-se que o projeto de parentalidade nunca foi tão explorado quanto na sociedade atual, em que o consumo sustenta uma demanda infinita por produtos e serviços. A reprodução humana assistida, como procedimento a ser comercializado, também está inserida no sistema capitalista. Neste contexto, a "Sociedade do Espetáculo" representa a dominação da economia sobre a vida social, a superficialidade da simples aparência. Uma clara prova da espetacularização do consumo está no uso maciço da publicidade em prol dos desígnios da economia.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Humana Assistida. Fertilização. Sociedade do Espetáculo.

1 INTRODUÇÃO

Os recentes avanços da ciência no campo da reprodução humana ampliaram as possibilidades para aqueles que buscam implementar projetos de parentalidade. No contexto de sociedade atual, em que diversos aspectos da vida social são colonizados pelo sistema capitalista, é possível identificar a formação de grandes sociedades empresárias de tratamentos de fertilização, que aliam, ao mesmo tempo, técnicas médicas e comerciais, como a publicidade, para conquistar clientes consumidores e posições no mercado.

Nessa linha, desenvolve-se o presente trabalho, que busca estudar a reprodução humana assistida na Sociedade do Espetáculo, teoria construída pelo filósofo francês Guy Debord. A pesquisa é de modalidade exploratória, uma vez que busca proporcionar uma maior familiaridade com o tema. Como procedimento técnico, foi escolhida a pesquisa bibliográfica, utilizando-se autores que examinam questões como a reprodução humana assistida, o projeto parental e espetacularização das relações sociais.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em duas partes. No primeiro capítulo, será feita uma análise da reprodução assistida e sua (des)regulamentação. O propósito é investigar como prospera o mercado da reprodução e em que sentido a atual sociedade voltada ao consumo pode influenciar este cenário. No segundo capítulo, será abordada a Sociedade do Espetáculo e o quanto seus elementos caracterizadores estão presentes nas relações sociais e na promoção das técnicas de reprodução assistida aos consumidores.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA SOCIEDADE ATUAL

A reprodução humana pode ser caracterizada como uma complexa sequência de eventos moleculares coordenados originados a partir da união das células sexuais ou germinativas (gametas) femininas e masculinas (óvulos e espermatozóides, respectivamente) (MOORE; PERSAUD, 2008, p.

[1] Mestranda em Direito (UNILASALLE) *carlafroener@yahoo.com.br*.

32). Além do aspecto meramente biológico, trata-se de um fenômeno de impacto social. Foi a partir da reflexão em torno da reprodução e seus resultados, que a humanidade desenvolveu construções sobre a identidade da pessoa humana dentro de um contínuo social (HÉRITIER, 2000, p. 98), estabelecendo papeis, deveres e direitos, no âmbito da família e fora dela (BADINTER, 1985, p. 25).

Em relação à sociedade ocidental, herdeira do legado do cristianismo, é imperativo referir que este processo ocorre em um cenário marcado pela sacralização do casamento e estrutura hierárquica patriarcal, na qual o homem impõe seu poder sobre a mulher e seus filhos (CATALAN, 2012, p. 151). De acordo com Héritier (2000, p. 30), a mulher, tradicionalmente considerada como inferior, possuía um papel secundário até mesmo na concepção, vista como uma espécie de "terra" a ser semeada pelo homem, cujo único mérito é ser um bom ventre. Tal qual o pecado original, os problemas de infertilidade eram atribuídos, exclusivamente, ao sexo feminino, sendo motivo para a dissolução de casamento, devido à inaptidão da mulher em "cumprir o seu papel" social.

Apesar de persistirem resquícios do patriarcalismo, o mundo contemporâneo desafia claramente esta dinâmica em duas frentes: na reconfiguração das estruturas familiares e nos avanços da biotecnologia. Primeiro, parece anacrônico em pleno século XXI pensar a relação parental apenas em um sentido tradicional, quando a realidade permite diferentes combinações de família, que incluem a multiparentalidade (CATALAN, 2012, p. 145), monoparentalidade ou pessoas que simplesmente optam por não ter filhos. De acordo com Moás e Correa (2011, p. 592), a conformação hierárquica está sendo substituída por um *locus* democrático, na forma da família eudemonista, que cultiva o envolvimento afetivo e a felicidade individual de seus membros. Sendo assim, no contexto de famílias plurais, o ato de ter filhos não é mais encarado como uma necessidade biológica, mas um projeto de vida que pode ou não ser implementado, de acordo com as aspirações de cada um.

Segundo, os recentes avanços das técnicas médicas, nas últimas décadas, permitiram ultrapassar limitações biológicas consideradas como intransponíveis no campo da reprodução humana, o que acabou contribuindo para estas novas possibilidades familiares. Inicialmente, falar em reprodução humana implicava a existência de uma relação sexual entre homem e mulher, a união de gametas de ambos, e a posterior gestação e nascimento. Apesar de a procriação ainda depender da fusão de gametas de sexos diferentes (HÉRITER, 2000, p. 98), a prática da reprodução humana assistida desarticulou um nexo de eventos que eram considerados naturais (coito, concepção e nascimento) (STRATHERN, 2009, p. 30). Hoje, é possível, por exemplo, conceber a procriação humana sem relação sexual e utilizando-se óvulos e útero de pessoas diferentes, por meio de técnicas médicas.

Tradicionalmente, a reprodução humana assistida é definida como o conjunto de técnicas médicas que auxiliam o processo de procriação, com objetivo de possibilitar pessoas inférteis ou estéreis de terem filhos (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 14; MALUF, 2010, p. 153). O marco da reprodução assistida ocorreu em julho de 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Brown, o primeiro "bebê de proveta". No Brasil, a reprodução assistida tem sua primeira experiência humana em outubro de 1984, quando nasce Ana Paula Caldeiras, na cidade de Curitiba, com o emprego da técnica de fertilização *in vitro* (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 11). Tais intervenções médicas visam ultrapassar dificuldades em qualquer das fases da reprodução humana, que incluem o contato do espermatozóide com o órgão reprodutor feminino, a fusão dos gametas nas trompas e a implantação do embrião na mucosa uterina (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68).

No que tange especificadamente à condição da mulher brasileira, observa-se que mudanças sociais e culturais nas últimas décadas impactaram no seu perfil reprodutivo, vinculado cada vez mais à opção de uma gravidez tardia. De acordo com dados do Ministério da Saúde, o percentual de mães na faixa etária de 30 anos cresceu de 22,5% em 2000 para 30,2% em 2012 (BRASIL, 2014). Isto se deve principalmente, à propagação do uso de métodos contraceptivos aliada à tendência de priorizar a realização profissional e estabilidade financeira. O projeto de ter filhos em novas uniões após os divórcios, cada vez mais numerosos, também é considerado como um fator. É comum que estas

mulheres não produzam óvulos em quantidade ou qualidade suficiente para que a gestação ocorra de forma natural, necessitando de intervenção médica (FONSECA; HOSSNE; BARCHIFONTAINE, 2009, p. 236).

No entanto, pensar a reprodução humana assistida apenas como uma forma de contornar problemas de fertilidade entre os sexos, como aduzem as abordagens tradicionais, é pensar de maneira reducionista e preconceituosa. Tais técnicas podem servir a qualquer pessoa que busca a parentalidade (dentro do contexto de famílias mono e multiparentais) e não possuem parceiro de sexo oposto, o que conduz à necessidade de utilização de gametas e/ou útero de terceiros e intervenção médica para a fertilização (FONSECA; HOSSNE; BARCHIFONTAINE, 2009. p. 236).

Entre as principais técnicas de reprodução assistida, é possível citar a Inseminação Artificial, a Fertilização *in Vitro* e a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide. A Inseminação Artificial é o processo no qual o médico introduz no útero o espermatozóide previamente coletado, fazendo com que o encontro entre óvulo e espermatozóide ocorra dentro do corpo da mulher. A Fertilização *in Vitro,* por sua vez, consiste na técnica segundo a qual os óvulos e os espermatozóides são coletados e fecundados em um recipiente externo, para somente depois serem implantados no útero feminino. Já a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide é um método semelhante à fertilização *in vitro*, pois a fecundação também ocorre em um recipiente fora do corpo da mulher para após ser implantado no útero, a diferença é que nesta técnica um único espermatozóide é injetado diretamente no citoplasma de um óvulo maduro, sendo muito utilizada em casos de homens que produzem poucos espermatozóides (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 36).

Dependendo da origem do material genético, a reprodução poderá ser homóloga ou heteróloga. No primeiro caso, os gametas utilizados para a fecundação são do casal interessado na procriação, enquanto, no segundo, devido à impossibilidade de um ou ambos em fornecerem os seus próprios gametas, estes são obtidos a partir de doadores. (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 36).

Uma forma de aplicação das técnicas de reprodução humana assistida é a "gestação ou maternidade de substituição", também denominada de "doação temporário do útero" e conhecida popularmente como "barriga de aluguel[2]". Nesse procedimento, aqueles que buscam por um filho, mas não podem realizar o ciclo de gestação, beneficiando-se da fertilização *in vitro* ou injeção intracitoplasmática, transferem o embrião ao útero de outra mulher que realizará a gestação (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2003, p. 17). Há possibilidade de o óvulo utilizado ser da própria gestante, da autora do projeto parental ou de outrem.

Os avanços da ciência curiosamente flertaram com o retrocesso, a partir da hipervalorização do uso de exames de DNA como uma forma definitiva de (re)estabelecer laços familiares (CATALAN, 2012, p. 154), uma perigosa "genetização" das relações parentais, capaz de ameaças às abordagens socioculturais. Netto Lobo (2004, p. 48) critica uma tendência recente em tribunais brasileiros de confusão entre o estado de filiação com a origem genética, "em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA", não havendo qualquer fundamento para tal hermenêutica restritiva. Não é um exame de DNA que transforma alguém em pai ou mãe, trata-se apenas de uma comprovação da origem genética da criança (CATALAN; SILVA, 2015, p. 22).

A reprodução assistida pode servir, na realidade, como uma reafirmação da socioafetividade, pois a parentalidade será exercida pelo(s) autor(es) do projeto parental (sendo irrelevantes os dados sobre a sexualidade ou conjugalidade dos envolvidos) colocando-se de lado fatores biológicos ou genéticos. Neste contexto, parentalidade deve ser entendida como o "laço que une pai ou mãe com seus filhos", tanto por "consanguinidade como socioafetividade" (CATALAN; SILVA, 2015, p. 11).

---

[2] Entende-se incorreto o emprego da denominação "barriga de aluguel" no Brasil, uma vez que o termo "aluguel" pressupõe uma contraprestação pecuniária e a Resolução nº 2.121/15 do CFM proíbe expressamente a utilização deste procedimento para fins comerciais e auferimento de lucros.

Apesar do debate legislativo que já se formou em torno das técnicas de reprodução humana assistida e sua intensa utilização, o Brasil ainda não possui uma lei específica dispondo de maneira exclusiva e detalhada sobre o tema. A única regulamentação existente advém de resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais apresentam um conjunto de normas éticas e de conduta dirigidas à classe médica. Assim, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias reprodutivas conduzem a fecundações antes impossíveis ou pouco prováveis, abrem uma grande discussão a respeito da sua regulamentação.

A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina a tratar sobre o tema foi a de nº 1.358 de 1992, substituída pela Resolução nº 1.957 de 2010. Esta, por sua vez, foi revogada pela Resolução nº 2.013 de 2013. Atualmente, vigora a Resolução nº 2.121, publicada em 24 de setembro de 2015, que define como princípio geral que as técnicas de reprodução humana podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave à saúde do paciente e seu possível filho (art. I, 2).

Dispõe a resolução que todas as pessoas capazes podem submeter-se às técnicas de reprodução assistida, desde que estejam de acordo e devidamente esclarecidas (art. II, 1). Permite, expressamente, o uso da intervenção médica no contexto de relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, "respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico" (art. II, 2). O limite de idade para a doação de material genético é de 35 anos para mulheres e 50 anos para homens (IV, 3), devendo ser preservado o anonimato no vínculo entre doadores e receptores (IV, 2). É proibido que integrantes da equipe médica e funcionário das clínicas sejam doadores (IV, 8). A resolução ainda proíbe o emprego de técnicas para selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo quando se tratar de doença genética (art. I, 5).

3 OS ELEMENTOS DA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Um aspecto fundamental da reprodução humana assistida e foco da pesquisa é a sua inserção no sistema capitalista e na sociedade contemporânea, marcada pela "espetacularização" das relações sociais. "Sociedade do Espetáculo" é uma construção proposta pelo francês Guy Debord em obra homônima, publicada em 1967.

Na referida obra, Debord (1997, p. 14; p. 18), aduz que o mundo contemporâneo, inserido no sistema capitalista avançado, experimenta uma "sociedade do espetáculo", como resultado da dominação da economia sobre a vida social. O autor caracteriza o espetáculo como a "relação social entre pessoas, mediada por imagens". É possível dizer que a "imagem" cumpre um papel de destaque no pensamento do filósofo francês. Comentando Debord, Freire Filho (2003, p. 37), entende que o espetáculo se refere "tanto à experiência prática da realização (sem obstáculos) dos desígnios da razão mercantil quanto às novas técnicas de governo usadas para avançar o empobrecimento, a sujeição e a negação da vida real".

Debord (1997, p. 15) observa na sociedade contemporânea a divisão entre "imagem" e "realidade", sem existir uma oposição, pois a "realidade surge no espetáculo, e o espetáculo é real". O espetáculo inverte o real e é vendido como produto, enquanto a realidade vivida é materialmente invadida pela contemplação do espetáculo. Em outras palavras, "o mundo real se transforma em simples imagens, as simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes de um comportamento hipnótico". A aparência predomina na sociedade do espetáculo. Enquanto a primeira fase de dominação da economia sobre a vida converteu o "ser", no "ter", a fase atual representa a hegemonia do "parecer" (DEBORD, 1997, p. 18). A imagem em Debord representa a "superficialidade da simples aparência", que reduz a complexidade das coisas apenas ao visível (SOUZA, 2014, p. 250). O resultado disso tudo é a alienação das pessoas, que se tornam meros espectadores (DEBORD, 1997, p. 24), em estado contemplativo, e não sabem mais o que é ou não real.

Em tal contexto teórico, a reprodução humana assistida também passa por um processo de espetacularização. No Brasil, muito antes destes tratamentos passarem a ser amplamente oferecidos no mercado nacional, a mídia televisiva já explorava o tema, como se a "imagem" precedesse a "realidade", como profetizou Debord. Em 1990, estreou na televisão a novela "Barriga de Aluguel", que tratou de maneira pioneira a fertilização *in vitro* e a maternidade por substituição. O folhetim contava a história da busca de uma mãe genética e autora do projeto parental para receber seu filho em custódia da mãe substituta, que também desenvolveu sentimentos pela criança (CATALAN, 2012, p. 144). Em 2012, foi a vez da trama "Fina Estampa", que apresentou o caso de uma mulher cujos óvulos foram manipulados sem o seu consentimento e implantados em uma cliente de clínica de fertilização que buscava gerar um filho em seu ventre, apesar da infertilidade. A exposição em telenovelas foi determinante para a popularização do tema no Brasil (CORREA; LOYOLA, 1999, p. 2013).

As duas novelas culminaram em dramáticas batalhas judiciais para a definição sobre a guarda das crianças, porém, não houve discussão clara sobre os limites éticos e jurídicos no uso de tais técnicas. Nenhuma se preocupou, por exemplo, em retratar de maneira saudável, sem conflitos, a história de uma família que recorreu à reprodução humana assistida, ou assumir um caráter mais informativo. Correa (1997, p. 75) observa o tom sensacionalista que a abordagem midiática costuma empregar a tais tecnologias de reprodução, fazendo-as parecer como se fossem simples, acessíveis e inofensivas, não havendo referências, porém, às baixíssimas taxas de sucesso destas técnicas, aos riscos à saúde ou aos custos financeiros elevados (CORREA; LOYOLA, 1999, p. 214), bem como aos interesses econômicos relacionados. O compromisso do espetáculo é com a dramatização, e não com a informação; com a imagem, e não com a realidade; com a superficialidade, e não com a profundidade.

Debord situa o espetáculo no capitalismo avançado, marcado pela busca do lucro na transformação em mercadorias de setores da vida cotidiana previamente não colonizados pela economia (FREIRE FILHO, 2003, p. 35). A teoria da "sociedade do espetáculo" descreve "sociedades capitalistas contemporâneas forjadas por discursos ideologicamente construídos a partir de representações hegemônicas aos interesses de mercado", "um momento histórico na qual a lógica mercantil (forma-mercadoria) ocupa totalmente a vida social" (SOUZA, 2014, p. 249) Neste ponto, o pensamento de Debord dialoga com os escritos de outros dois filósofos franceses teóricos do consumo, Jean Baudrillard e Gilles Lipovetsky.

O capitalismo contemporâneo é baseado na produção e consumo massificado de produtos e serviços. De acordo com Debord (1997, p. 34), a base das sociedades antigas era a necessidade econômica (a economia buscava suprir as necessidades básicas humanas). Conclui que na era do desenvolvimento econômico infinito, vai-se além, pois se fabrica de maneira ininterrupta "pseudonecessidades" que são vendidas com o único objetivo de manter o sistema econômico dominante. No mesmo sentido, Catalan (2013a, p. 128) afirma que

> […] os desejos do consumo são todos fabricados pelo Mercado, ente que recorre a incontáveis artimanhas para implantar *pseudonecessidades* nas mentes dos consumidores e, poucos meses mais tarde, no mais das vezes, demonstrar que tais aspirações não passam de quimeras, e que os objetos que visavam satisfazê-las precisam ser descartados […] Infra-se que a apreensão de que os *desejos* de consumo não são imperativos naturais – como são o ar e os alimentos para a manutenção do fluxo da vida -, mas necessidades artificialmente construídas pelo *Mercado* […].

A ideia é que o consumo, sustentando uma demanda infinita por produtos e serviços (muitas vezes criada artificialmente), é capaz de garantir a produtividade (bem como os empregos e geração de renda) e impulsionar a economia. O consumidor real é, pois, "consumidor de ilusões". Até mesmo o tempo é manipulado de maneira artificial e vendido como um objeto de consumo (DEBORD, 1997, p. 33; 104).

Enquanto os produtos eram classificados antigamente de acordo com o seu valor de uso ou da possível duração (DEBORD, 1997, p. 33), o que importa hoje é a sua deterioração, para ser substituídos por novos produtos e continuar girando o sistema capitalista. A lógica do desperdício e a obsolescência programada são as tônicas deste modelo. O ato de consumir é representado como uma tentativa de "capturar a felicidade", sustentada na curiosidade de sempre experimentar o "novo", criado pelas razões econômicas explicitadas (BAUDRILLARD, 2011, 21; 39-40). O anseio consumista e os comportamentos estimulados por ele surgem da necessidade que cada um possui de integrar-se ao meio em que vive, "na tentativa – raramente exitosa – de preencher o vazio que consome as suas almas" (CATALAN, 2013a).

A busca por novos produtos e mercados expande-se em direção da "vida individual e social em todos os seus interstícios", "tudo se torna artifício e ilusão a serviço do lucro capitalista e das classes dominantes" (LIPOVETSKY, 2009, p. 182). Nas palavras de Baudrillard (2011, p. 63), "todos os valores concretos e naturais viram formas produtivas e fontes de lucro". Segundo Debord (1997, p. 30), na sociedade do espetáculo, "a economia transforma o mundo, mas o transforma em apenas mundo da economia".

O uso maciço da publicidade é uma clara prova da espetacularização do consumo. Entorpecido pelo canto das sereias contemporâneas, o consumidor-espectador não consegue distinguir a ilusão da realidade, só restando ceder às tentações do mercado, sempre implacável (CATALAN, 2013a, p. 128).

A infertilidade nos anos 60 e 70 era caracterizada como um problema eminentemente social, passível de ser contornado pela adoção. Desde os anos 80, ela passou a ser vista (ou vendida?) como um problema médico, diante do qual se recorre à ciência (ou ao mercado?) em busca de solução (DINIZ, 2001, p. 01). As ofertas de novas técnicas surgidas a partir das pesquisas foram acompanhadas por uma demanda e consumo crescentes, originando um mercado extremamente lucrativo. Nas últimas décadas este se tornou um negócio em expansão pelo mundo, no qual participam instituições médicas, como clínicas e hospitais, agenciadores e intermediários, bancos de material genético, doadores de gametas e mulheres que gestam e dão à luz. É possível identificar a formação de grandes conglomerados empresariais de serviços de fertilidade, que aliam ao mesmo tempo técnicas médicas e comerciais, como a publicidade, para conquistar clientes e posições no mercado (IKEMOTO, 2009, p. 280-282). Somente no ano de 2012, o comércio no setor movimentou cerca de 3,5 bilhões de dólares nos Estados Unidos (TIME, 2014).

Amazonas e Braga (2005, p. 14) veem a indústria da reprodução humana assistida como um mercado que nutre um "apetite cego e sem limites", que tenta conquistar, por meio da publicidade, utilizando-se da divulgação de resultados científicos "muitas vezes ilusórios e imprecisos". Os atos de dissimulação e ilusão são claramente espetaculares, pois empregam técnicas do velho teatro mambembe (DEBORD, 1997, p. 199). O caráter de um "novo" produto a ser consumido é reforçado pela exploração midiática do assunto, que o associa aos avanços da ciência, porém com um debate ético precário (AMAZONAS; BRAGA, 2005, p. 17). As matérias jornalísticas costumam trazer entrevistas com especialistas que, apesar de se apresentarem com abordagens estritamente técnicas, são, na realidade, publicidade disfarçada (CORREA, 1997, p. 76). É a exploração ilimitada do consumo, ainda que subverta o fim último da ação principal, que é o projeto de parentalidade.

Por outro lado, as pesquisas médicas sobre as causas da infertilidade e da baixa fecundidade são pouco incentivadas, visto que, na lógica de mercado capitalista, é muito mais lucrativo investir em técnicas de reprodução assistida (CARLOS e SCHIOCCHET, 2006, p. 250; DINIZ, 2001, p. 02). Enquanto a cura para a infertilidade é um produto que só será vendido uma vez para a mesma pessoa, a assistência na reprodução pode ser consumida diversas vezes, inclusive em caso de sucesso, pois há sempre a possibilidade de surgir um novo projeto parental.

Tem-se observado a busca pelos serviços de reprodução humana assistida até mesmo por aqueles que não a necessitariam. Isto ocorre porque o atual estágio da ciência oferece, além da

fecundação, outros serviços: a implantação de mais um embrião favorece aqueles que gostariam de ter gêmeos; máquinas de centrifugação são capazes de separar gametas que tem a maior probabilidade de gerar filhos do sexo masculino ou feminino; os avanços da eugenia permitem a definição da cor dos olhos, mas futuramente serão capazes de alterar fatores como a tonicidade muscular, altura e inteligência. Tal qual se escolhe a estampa de um mobiliário e os acessórios de um carro, é possível projetar seu "tecno-filho", por meio da ciência (RAMÍREZ-GALVEZ, 2009, p. 90).

Outro ponto interessante diz respeito à possibilidade de fertilização *pós-mortem*, utilizando gametas ou embriões congelados de pessoas falecidas. Trata-se de uma manifestação do "tempo espetacular" de Debord, o tempo manipulado artificialmente, que ultrapassa o ciclo biológico, vence a morte e é vendido como produto. Por que deixar nas mãos da incerta biologia se é possível comprar o determinismo científico? É a sociedade do espetáculo criando pseudonecessidades (DEBORD, 1997, p. 34).

Debord (1997, p. 22-23) mostra-se preocupado com a supressão da consciência de classe na sociedade do espetáculo. A relação entre consumo, classe e desigualdade também permeia a obra de Baudrillard. Conforme este autor (BAUDRILLARD, 2011, p. 63-69), a ideologia do consumo vende a imagem que todos são iguais e capazes de consumir a mesma coisa. Trata-se claramente de uma ilusão. O valor do trabalho sublimado na forma do dinheiro (DEBORD, 1997, p. 34), uma construção abstrata que impede antiga mensuração baseada na força despendida ou nas horas trabalhadas, perpetua um sistema baseado na desigualdade, que é o capitalismo. Como dizer que todos consomem da mesma forma, se o acesso ao consumo é dado pelo dinheiro, e o dinheiro é distribuído de maneira desigual? Como disse Debord (1997, p. 23), o "espetáculo reúne o separado" (todos são consumidores), mas "reúne como separado" (o acesso aos bens de consumo é desigual e permanecem as diferenças de classe). A verdade é que as necessidades consumidoras (criadas pela própria economia) são muito superiores à capacidade econômica da maioria da população. Neste cenário, os gastos exagerados e o consumo do supérfluo tornam-se uma forma de diferenciação das classes dominantes, com o objetivo de reafirmar a sua posição social.

Baudrillard (2011, p. 45; 71; 141) acredita que a difusão da compulsão pelo consumo pode ser uma tentativa de compensar as graves deficiências da mobilidade social na sociedade contemporânea. A classe menos favorecida tenta consumir e reproduzir o estilo de vida dos ricos e das celebridades (que se apresentam como "heróis do consumo" para Baudrillard ou "vedetes do espetáculo" na linguagem de Debord) em uma tentativa de "capturar" a sensação efêmera de "felicidade". O acesso aos produtos pelas camadas mais numerosas faz com que os ricos produzam novos signos de consumo mais caros para se distanciare das demais classes, criando um círculo vicioso. Ao mesmo tempo em que a massa consome entorpecida e desordenadamente, é negada qualquer possibilidade de uma ascensão social duradora, baseada na efetiva redução das desigualdades econômicas, experimentado uma sensação de eterna insaciabilidade. A expansão do oferecimento do serviço de reprodução humana assistida, de custo altíssimo, às classes mais baixas, por meio de planos de financiamento parece seguir esta lógica. Para aqueles que ainda estão excluídos do consumo, há sempre a alternativa de doar os seus gametas em troca do tratamento (RAMÍREZ-GALVEZ, 2011, p. 67), o que reforça a dinâmica da dominação econômica sobre o corpo.

Congregando os diversos elementos comentados do consumo e da sociedade do espetáculo, o caso da norte-americana Nadya Suleman, a "octomãe" (*octomom*), é emblemático. Em janeiro de 2009, ela ficou conhecida por dar à luz a oito bebês simultaneamente, originários de fertilização *in vitro*. Nadya, que à época estava desempregada e recebia assistência governamental, já possuía outros seis filhos também concebidos por reprodução assistida, tendo iniciado seus tratamentos com apenas 21 anos de idade. A "octomãe" tornou-se uma celebridade nos EUA, tendo participado de vários programas de TV e *reality shows*, até lançar a carreira de atriz de filmes adultos.

O caso foi duramente criticado pela opinião pública norte-americana, principalmente pela irresponsabilidade de Suleman, que acumulou dívidas milionárias pelos tratamentos e que aparentava não possuir condições financeiras e psicológicas para cuidar de extensa prole, e de seus médicos, que aceitaram o procedimento por dinheiro, colocaram em risco a vida da gestante e de seus filhos. O profissional responsável pelos oito bebês teve a sua licença caçada pelos órgãos da classe médica da Califórnia, pois teria implantado doze embriões, em uma situação em que o recomendável seria no máximo três (GAZETTE REVIEW, 2015).

Consultando fotos antigas e atuais de Nadya Suleman, é possível constatar que a "octomãe" mantém uma estranha semelhança física com a atriz holywoodiana Angelina Jolie, possivelmente conquistada por várias intervenções cirúrgicas e procedimentos estéticos. Em ensaio para a revista *In Touch*, Suleman explorou esta semelhança, fotografando em poses consagradas por Jolie. Tais fatos não são coincidência. A atriz, famosa por manter uma família numerosa de seis filhos, entre naturais e adotados, pode ter servido como fonte de inspiração para a "octomãe", agindo como "vedete do espetáculo". Aqui, o espetáculo, o consumo, o culto da celebridade e a reprodução humana assistida andam de mãos dadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se percebe pelo desenvolvimento do presente artigo, o projeto de parentalidade nunca foi tão explorado quanto na sociedade atual, em que o consumo sustenta uma demanda infinita por produtos e serviços. O desenvolvimento econômico fabrica de maneira ininterrupta "pseudonecessidades" que são vendidas com o único objetivo de manter o sistema econômico dominante.

A reprodução humana assistida, como procedimento a ser comercializado, também está inserida no sistema capitalista desta sociedade voltada para o consumo. Assim, tais técnicas não são mais vistas apenas como um tratamento de saúde reprodutiva, mas, para além disso, tornaram-se um negócio lucrativo e em expansão.

Neste contexto, a "Sociedade do Espetáculo" representa a dominação da economia sobre a vida social, sendo que esta dominação divide-se em duas fases. Na primeira, tem-se a conversão do "ser" para o "ter", enquanto que a segunda (e atual) representa o domínio do "parecer", a superficialidade da simples aparência. Uma clara prova da espetacularização do consumo está no uso maciço da publicidade em prol dos desígnios da economia.

O caráter de um novo produto a ser consumido é reforçado pela exploração do assunto na mídia (publicidade, novelas, entrevistas), que o associa aos avanços da ciência. Dessa forma, verifica-se a exploração ilimitada do consumo das técnicas de reprodução humana assistida, ainda que subverta o fim último da ação principal, que é o projeto de parentalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução Medicamente Assistida: Questões Bioéticas. Revista Bioética, v. 22, n. 1, p. 66-75, 2014.

BADINTER, Elisabeth. Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BAUDRILLARD, Jean. A Sociedade de Consumo. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRASIL. Mais brasileiras esperam chegar aos 30 para ter primeiro filho. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/10/mais-brasileiras-esperam-chegar-aos-30-para-ter-primeiro-filho>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRAGA, Maria das Graças Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: Maternidade e Procriação Assistida. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005.

CATALAN, Marcos. O Crédito Consignado no Brasil: Decifra-me ou te Devoro. Revista de Direito do Consumidor, v. 87, p. 125-148, 2013a.

_____. Um Ensaio sobre a Multiparentalidade: Explorando no Ontem as Pegadas que Levarão ao Amanhã. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 55, p. 143-162, 2012.

_____; SILVA, Giana de Marco Vianna da. Registro de Biparentalidade Homoafetiva: Um Estudo de Caso. Revista Síntese Direito de Família, n. 92, p. 09-23, out./nov. 2015.

CARLOS, Paula Pinhal de; SCHIOCCHET, Taysa. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v. 11, p. 249-263, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.cremers.org.br/dowload/2121-2015.pdf. Acesso em: 26 set 2015.
CORREA, Marilena. As Novas Tecnologias Reprodutivas: Uma Evolução a Ser Assimilada. *Physis:* Revista Brasileira de Saúde Coletiva. Physis*:* Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 07, n. 01, p. 69-98.

_____; LOYOLA, Maria Andréa. Novas Tecnologias Reprodutivas: Novas Estratégias de Reprodução? Physis: Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 09, n. 01, p. 209-234, 1999.

DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DINIZ, Débora. O Impacto das Tecnologias Conceptivas nas Relações Parentais. SérieAnis, Brasília, v. 24, p. 01-05, abr. 2001.

FONSECA, Larissa Lupião; HOSSNE, William Saad; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Doação compartilhada de óvulos: opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. Revista Bioethikos*,* São Paulo, v. 3, n. 2, p. 235-240, 2009.

FREDERICO, Celso. Debord: do Espetáculo ao Simulacro. Matrizes, São Paulo, ano 4, n. 1, p. 179-191, jul./dez. 2010.

GAZETTE REVIEW. What Happened to “Octomon” Nadya Suleman? New Updates Available for 2016. 2015. Disponível em: <http://gazettereview.com/2015/07/what-happened-to-octomom-nadya-suleman-new-updates-available/>. Acesso em: 20 jan. 2016.

HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter - Reflexões sobre os novos modos de procriação. Estudos Feministas*,* Florianópolis, ano 8, 1º semestre, p. 98-114, 2000.

IKEMOTO, Lisa. Reprodutive Tourism*:* Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services. In UC Davis Legal Studies Research Paper Serie, n. 189. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1462477>. Acesso em: 20 fev 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. O Império do Efêmero*:* A Moda e Seu Destino nas Sociedades Modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. Curso de Bioética e Biodireto. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRA, Affonso Renato. Reprodução Humana: A Ética Trinta Anos Depois. Revista Bioética, v. 16, n. 1, p. 133-139, 2008.

MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. Filiação e Tecnologias de Reprodução Humana Assistida: Entre Medicina e Direito. Physis – Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 02, p. 591-607, 2010.

MOORE, Keith L., PERSAUD, T.V.N. Embriologia Clínica. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

RAMÍREZ-GALVEZ, Martha. Corpos Fragmentados e Domesticados na Reprodução Humana Assistida. Cadernos Pagu, v. 33, p. 83-115, jul./dez. 2009.

_____. Inscrito nos Genes ou Escrito nas Estrelas? Adoção de Crianças e o Uso de Reprodução Humana Assistida. Revista de Antropologia, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 47-87, 2011.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê reprodução humana assistida. Belo Horizonte: Rede Saúde, 2003.

SOUZA, Daniel Maurício Viana de. A Teoria da "Sociedade do Espetáculo" e os Mass Media. *Revista* Brasileira de Sociologia, v. 2, n 4, jul./dez. 2014.

STRATHERN, Marilyn. A Antropologia e o Advento da Fertilização *In Vitro* no Reino Unido: Uma História Curta. Cadernos Pagu, v. 33, p. 09-55, jul. / dez. 2009.

TIME. How High-Tech Baby Making Fuels the Infertility Market Boom. 2014. Disponível em: <http://time.com/money/2955345/high-tech-baby-making-is-fueling-a-market-boom/#money/2955345/high-tech-baby-making-is-fueling-a-market-boom/>. Acesso em: 10 fev. 2015.

A CRIANÇA INSERIDA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E A DISCUSSÃO EXISTENTE ACERCA DA PUBLICIDADE INFANTIL

Yasmine Uequed Pitol[1]

RESUMO: O presente estudo propõe-se a tratar da controvérsia existente acerca da atividade publicitária direcionada ao público infantil. Para tanto, contextualizar-se-á o assunto, abordando-se os limites impostos à atividade publicitária (bem como suas garantias) e a proteção especial conferida pela Constituição Federal tanto à criança quanto ao consumidor, destacando-se a doutrina da proteção integral e o princípio da vulnerabilidade. Diante disso, buscar-se-á analisar a presença da criança no ambiente da sociedade de consumo, a sua vulnerabilidade agravada em face da publicidade, abordando-se a preocupação referente aos danos potencialmente decorrentes da prática e a suposta abusividade que lhe seria inerente.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade. Criança. Infantil. Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

É a partir da consciência de que, há não muito tempo atrás, as crianças não eram titulares de direitos (MONACO, 2005) que se torna possível avaliar o quão significativos foram os avanços em relação à proteção infantil no direito brasileiro, superando-se a doutrina da situação irregular, do Código de Menores e de todo um sistema anterior à Constituição Federal (SPOSATO, 2009).

Isso porque foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Brasil passou a adotar a doutrina da proteção integral (MINAHIM, 1992; SPOSATO, 2009), rompendo-se, em definitivo, com a doutrina anterior (SILVA, 1992, p.11; FELCA, 2008, p.830).

Assim, ao art.227 da Constituição Federal (CF) coube a tarefa de introduzir esse ideal no direito pátrio, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar a efetivação dos direitos das crianças, com absoluta prioridade (BRASIL, 1988).

Ocorreu, portanto, verdadeira constitucionalização dos direitos das crianças, a partir da qual sobreveio um dever de adequação, imposto à legislação infraconstitucional, tendo em vista que nenhuma das normas existentes no direito brasileiro à época se encontrava vinculada à doutrina da proteção integral (SPOSATO, 2009).

Diante da revogação implícita das leis até então vigentes, tornou-se necessário que o legislador infraconstitucional agisse de forma a atender ao contido na CF, (SILVA, 1992, p.11) surgindo, em consonância com essa nova orientação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (SPOSATO, 2009; FELCA, 2008, p.831), introduzindo mecanismos que instrumentalizam e dão força aos princípios atinentes à doutrina da proteção integral (FRAGOSO, 2010).

Contemporâneo ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) advém da admissão de que há um desequilíbrio inerente às relações de massa, fator determinante para que se chegasse à conclusão da necessidade de que se conferisse ao consumidor uma tutela específica (GUIMARÃES, 2001, p.46). O Direito do Consumidor, portanto, surge com o principal objetivo de proteger o consumidor em face do fornecedor (MARQUES, 2010), residindo a sua justificativa no surgimento da sociedade de consumo (BENJAMIN, 1992), a qual é "[...]uma realidade

[1] Mestranda em Direito e Sociedade (UNILASALLE-Canoas), Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais (UFRGS), Bolsista CAPES/PROSUP (Benefício Taxas Escolares), *E-mail*:yassmineup@gmail.com

inegável. Mas, muito mais do que uma realidade puramente acadêmica ou abstrata, é um fenômeno que afeta a vida de todos os cidadãos". (BENJAMIN, 2007, p.251).

O CDC visa regular o desequilíbrio existente, disponibilizando meios legais aptos a permitir ao consumidor uma maior equivalência de condições em relação ao fornecedor (NERY JUNIOR, 1991). Funda-se, assim, no objetivo de reequilibrar essa relação e, conforme se depreende do seu artigo 4º, *caput*, harmonizá-la (MARQUES, 2006, p.710).

O reconhecimento da desigualdade de condições levou à presunção de vulnerabilidade do consumidor, e por meio do artigo 4º, inciso I, o CDC introduziu o princípio da vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2005).

Contudo, o Código protetivo não protege o consumidor apenas da fase negocial (AZEVEDO, 1996). Busca, também, tutelar os momentos durante os quais o fornecedor, com a finalidade de estimular a concretização do consumo, utiliza-se das mais variadas técnicas persuasivas. Dentre essas técnicas, encontra-se a publicidade (BENJAMIN, 2007, p.326), diante da qual o consumidor também se mostra vulnerável, e cujo caráter persuasivo atinge a todos, sem distinção. É um dos frutos do que, nas palavras de Fernanda Nunes Barbosa, constitui-se a "democratização" do consumo, eis que todas as pessoas estão sujeitas aos efeitos pretendidos pela publicidade (2009, p.67). E dentre os atingidos por esses efeitos, encontra-se o público infantil, por si só já protegido, em razão de sua imanente vulnerabilidade (MIRAGEM, 2014).

Assim, o presente trabalho dispõe-se a, diante da vulnerabilidade agravada da criança em face da publicidade, abordar alguns dos fundamentos que ensejam a discussão acerca da necessidade ou não de proibição da atividade publicitária direcionada a este público.

2 O CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE

UNILASALLE CANOAS RS

2.1 A publicidade como atividade persuasiva e o Direito do Consumidor

A publicidade a que se refere a lei consumerista é a publicidade comercial, descrita como aquela que se propõe a divulgar um serviço ou produto com objetivo econômico, a fim de despertar determinado interesse no consumidor (DIAS, 2013, p.23). Pode, ainda, ser institucional, visando promover uma marca ou a identidade de um agente econômico, conforme explica Bruno Miragem (2014).

Destaque-se que muito embora publicidade e propaganda sejam atividades conceitualmente distintas, não estando a propaganda vinculada ao objetivo de lucro (MIRAGEM, 2014), o Código de Defesa do Consumidor - e a própria Constituição Federal, no artigo 220, §4º - trata ambas como algo uno, utilizando as duas expressões como sinônimo de publicidade comercial, conforme explica Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013. p.23).

O que define a publicidade comercial, portanto, é a intenção de promoção (MARQUES, 2006, p.801), sendo econômica a sua finalidade (MIRAGEM, 2014). A atividade publicitária, assim, não se limita a, simplesmente, trazer a público material informativo acerca dos produtos (e serviços) existentes, eis que seu objetivo fulcral é convencer esse público a adquiri-los, mediante o enaltecimento das virtudes dos mesmos (ALMEIDA, 2005; FURLAN, 1994; LOPES, 1992).

Visando o cumprimento deste desiderato, o anúncio publicitário desenvolve a aptidão de criar necessidades no consumidor, sendo capaz, inclusive, de modificar hábitos e padrões de consumo. Vende-se (entendendo-se esta palavra em um sentido amplo) não apenas o produto, mas o que ele representa (SANT'ANNA, 2013).

É em virtude do poder de influência que Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p.100) afirma que o consumidor tem a sua vontade deformada pelo *marketing,* conceito que compreende todas as atividades comerciais relativas à circulação de bens e serviços, dentre as quais a publicidade, conforme explica Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p.24).

Para José Tadeu Neves Xavier, o apelo publicitário subtrai do consumidor a liberdade de escolha (2012).

O poder de influência faz com que a publicidade tenha se tornado, no decorrer dos anos, a verdadeira mola propulsora do consumo (SANT'ANNA, 2013, p.7), tendo ligação direta com a sociedade de consumo, pois foi a evolução desta que acabou por fazer com que a publicidade aliasse à antiga função, meramente informativa, o objetivo de persuadir o consumidor (DIAS, 2013, p.26-27).

Essa relação de proximidade é o que provavelmente leva Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin a enxergar uma indissolubilidade no binômio "sociedade de consumo-publicidade" (2007, p.310) e Maria Elizabete Vilaça Lopes - por considerar o papel da publicidade na sociedade de consumo essencial - a afirmar que esta sociedade inexistiria sem a atividade publicitária (1992).

E é justamente no caráter persuasivo, no papel de influir na formação do consentimento do consumidor, que reside a relevância da atividade publicitária para o Direito (BENJAMIN, 1994), sendo o motivo para que se tenha chegado à conclusão da necessidade de regulação, de um controle feito sob a ótica do direito do consumidor (ALMEIDA, 2005). Isso porque a característica comercial, vinculada a um objetivo específico, torna a publicidade potencialmente apta a abalar a harmonia que deve permear o mercado e as relações de consumo (MARQUES, 1994).

Ademais, se é verdade que o direito do consumidor representa uma forma de concretização dos direitos de personalidade, torna-se necessário que se dê atenção ao caráter invasivo das mais variadas técnicas utilizadas pelo mercado de consumo, porque potencialmente lesivas aos direitos personalíssimos (BITTAR, 2000).

Os sistemas de controle, nesse contexto, justificam-se, diante da possibilidade de desvios na finalidade da atividade publicitária, ou mesmo de exercício indevido de seu poder de persuasão (FURLAN, 1994). No Brasil, esse controle é exercido de forma mista, conciliando os sistemas público e privado.

No âmbito privado, o controle é feito pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), sociedade civil sem fins lucrativos, formada por entidades representativas das agências de publicidade, pelas próprias agências de publicidade, dentre outros (MIRAGEM, 2008, p.184), e sua função consiste em zelar pela eticidade na atividade publicitária (DIAS, 2013, p.39-40; MIRAGEM, 2008, p.184; XAVIER, 2012), além de cuidar da proteção à liberdade de expressão comercial (DIAS, 2013, p.39). O CONAR é norteado pelo disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), cuja origem, 1978, precede o Código de Defesa do Consumidor (DIAS, 2013, p.39-40).

Ocorre que os enunciados provenientes das normas do sistema exclusivamente privado carecem de imperatividade, uma vez que os limites de abrangência do CBARP, compreendidos na leitura do seu art.16, evidenciam se tratar de instrumento de autodisciplina. Essa falta de imperatividade é justamente a característica passível de comprometer a efetividade das medidas aplicadas no âmbito do sistema exclusivamente privado (CHAISE, 2001, p.29).

Compreensível, portanto, por que o sistema misto de controle é, para autores como Valéria Furlan (2004), Nelson Nery Junior (1991) e Antônio Herman Benjamin (2007, p.314), o sistema ideal. Trata-se de um modelo de conciliação, aceitação e promoção de ambas as formas de controle – estatal e privado – e foi o escolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, a partir do qual sobreveio a possibilidade de que o controle da atividade publicitária passasse a ser exercido tanto através da autodisciplina quanto através da intervenção estatal (BENJAMIN, 2007, p.314).

Feitas estas considerações, cumpre abordar de que forma essa intenção persuasiva é considerada – e se mostra compatível – diante dos princípios constantes na CF e no CDC, abordando-se em que medida estes justificam o controle exercido.

2.2 Atividade publicitária: garantias, princípios e limites

O caráter deliberadamente persuasivo, inerente à publicidade, não ofende, por si só, os direitos dos consumidores (XAVIER, 2012). Inclusive, a atividade publicitária encontra-se assegurada pela CF, na medida em que é atividade econômica sendo, portanto, resguardada pela garantia à livre iniciativa, a qual é fundamento da ordem econômica e mesmo da República, consoante art.1º, inciso IV e art. 170, *caput*, ambos da CF, bem como o parágrafo único do art. 170 (DIAS, 2013, p.33).

É protegida, também, pelo princípio da livre concorrência, previsto no inciso IV do mesmo art.170 e, de certa forma, pela liberdade de expressão, garantida pelo art.5º, inciso IX, e art.220, ambos da CF (DIAS, 2013, p.33). Bruno Miragem destaca, inclusive, que alguns autores utilizam a específica expressão "liberdade de expressão publicitária." (2010, p.170).

Em um primeiro momento, da leitura isolada de tais dispositivos poder-se-ia chegar à apressada conclusão de que essa proteção constitucional traria consigo uma permissão para que a atividade publicitária pudesse se desenvolver sem qualquer forma de controle. Todavia, a interpretação não é tão simplista e, como já visto, o controle é, sim, admitido.

Primeiramente, porque a mesma CF, em seu art. 5º, inciso XXXII, traz a garantia de que o Estado promoverá a defesa do consumidor e, por essa razão, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu que ao legislador cumpria especificamente a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, portanto, não foi oriundo de mera opção legislativa, e a determinação proveniente do ADCT visou, justamente, dar efetividade ao direito fundamental estabelecido pelo art.5º, inciso XXXII da Constituição Federal (MIRAGEM, 2002). Em virtude de sua origem constitucional, o Código protetivo foi dotado de uma hierarquia superior, com normas de ordem pública, gerando a consolidação da defesa do consumidor como um dos valores do direito privado brasileiro, passando-se a valorizar não apenas a livre iniciativa mas, também, a defesa do consumidor (MARQUES, 2010, p.30).

Neste sentido, o próprio art.170, inciso V, da CF, estabelece que, muito embora seja a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica - e seja a livre concorrência um dos princípios que precisam ser observados - deve-se observar, também, a defesa do consumidor.

Ou seja, exercer o direito à livre iniciativa não prescinde da devida observância ao direito do consumidor.

O regramento não recai sobre o direito a que se exerça a atividade publicitária, e sim sobre seus excessos (BENJAMIN, 2007, p.314-315). O que se combate, verdadeiramente, é a publicidade que não se encontra de acordo com o direito vigente (RODYCZ, 1993), não se confundindo, portanto, com censura, tampouco com ofensa à liberdade de expressão (NERY JUNIOR, 1992, p.67).

Para Wilson Carlos Rodycz, a publicidade pode ser objeto de controle porque a criatividade nela empregada visa unicamente atingir o objetivo persuasivo (1993).

Ademais, as garantias previstas na Constituição são passíveis de sofrer limitações, limites esses que se encontram na própria Constituição Federal, razão por que a liberdade de expressão não é absoluta quando confrontada com outras garantias e princípios constitucionais que legitimem a sua restrição (MARTINEZ, 2001).

Outrossim, se a ordem econômica tem como princípio informador a defesa do consumidor, a livre iniciativa deve ser exercida de modo compatível e em harmonia com esse princípio (MIRAGEM, 2010, p.170). Isso porque, na medida em que se está tratando de princípios, não há possibilidade de exclusão de um deles, razão pela qual devem ser analisados com a consciência de que forçosamente coexistirão, anda que aparentemente antagônicos (BONATTO; MORAES, 1998, p.24).

Assim, mesmo que o caráter tendencioso da publicidade não seja, por si só, motivo para que se impeça o exercício da atividade, é inegável que serve de fundamento para o reconhecimento da necessidade de uma atenção especial, realizada sob a ótica do Direito do Consumidor. Estabelecem-se,

UNILASALLE CANOAS RS

assim, limites, a fim de que a publicidade, efetivamente, torne-se uma atividade construtiva, desenvolvendo-se em prol dos consumidores (XAVIER, 2012).

Dessa preocupação destinada à atividade publicitária surgiram alguns princípios informadores específicos, os quais têm o objetivo de proteger o consumidor (BENJAMIN, 2007, p.327).

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin os especifica: princípio da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação, da correção do desvio publicitário e da lealdade (2007, p.328-329). Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias faz menção, ainda, ao princípio da não captura abusiva do consumidor(2013, p.91). Dentre estes, o presente trabalho destacará o princípio da identificação da mensagem publicitária e o princípio da não abusividade, eis que são aqueles que mais serão mencionados quando da abordagem da polêmica envolvendo a publicidade infantil.

O princípio da identificação da mensagem publicitária, recepcionado pelo art.36 do CDC, estabelece a necessidade de que o anúncio seja veiculado de forma que o consumidor possa, sem dificuldades, compreender que está diante de conteúdo publicitário, assegurando a ciência de que a informação ali contida não é neutra, mas destinada à promoção do produto ou serviço em questão (MARQUES, 1994).

A intenção é possibilitar que o consumidor, com plena consciência da situação e, consequentemente, munido de um maior discernimento, possa, caso assim queira, defender-se das táticas persuasivas (DIAS, 2013, p.63-65), mormente porque é do direito à informação que deriva a possibilidade de se exercer uma real liberdade de escolha (DIREITO, 1999). É princípio oriundo da boa-fé objetiva, bem como do dever de transparência e lealdade que deve permear as relações consumeristas (DIAS, 2013, p.65; MIRAGEM, 2010, p.172).

A proteção contra a publicidade abusiva, por sua vez, encontra-se no art. 37, do CDC, em seu parágrafo §2º, o qual especifica ser abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, desrespeita valores ambientais, seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança e, também, aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. Ali estão valores de interesse público, que ultrapassam os limites do âmbito das relações de consumo (RODYCZ, 1993).

Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p.166) entende que o dispositivo mencionado introduz verdadeira cláusula geral de não abusividade, uma vez que não traz um conceito preciso de abusividade, levando à necessidade de que o julgador preencha o seu conteúdo diante do caso concreto.

Cumpre, ainda, mencionar o princípio da veracidade. Para melhor compreendê-lo, necessário que se atente, novamente, ao direito à informação do consumidor, pois o princípio da veracidade decorre justamente dessa vinculação entre a informação prestada e a correção do que é informado (MIRAGEM, 2010, p.174-175). Cláudia Lima Marques fala, inclusive, na "veracidade especial" como um dos principais deveres que o CDC impõe à atividade publicitária (MARQUES, 1994).

Posto isso, importante, também, que se verifique especificamente de que forma a publicidade se relaciona – e coaduna – com o respeito ao princípio da vulnerabilidade, o que será tratado a seguir.

2.3 Publicidade e a vulnerabilidade do consumidor

De início, destaque-se que a verificação da vulnerabilidade dos consumidores foi o ponto de partida para que se trilhasse e estabelecesse um caminho com a finalidade de defender o consumidor (TEIXEIRA, 2000), sendo no princípio da vulnerabilidade, portanto, que se fundamenta a aplicação do Código protetivo (NISHIYAMA; DENSA, 2010).

Este princípio ilumina, norteia a aplicação das normas do CDC. Relaciona-se com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, (CARPENA, 2005, p.182-184) sendo consequência direta deste último, eis que, conforme Paulo Valério Dal Pai Moraes (2005), a igualdade

pressupõe que não haja subjugação de um pelo outro. Defender o consumidor, assim, é uma forma de concretizar o princípio da igualdade (PASQUALOTTO, 2009).

Desta forma, com o advento do CDC surge uma nova mentalidade na análise de tudo quanto diz respeito às relações de consumo, mentalidade essa que, uma vez reconhecendo a disparidade de condições dos sujeitos envolvidos, permite essa proteção específica, dirigida abertamente à parte considerada vulnerável. Estimulando a reconsideração do espírito liberal ao qual se vincula tradicionalmente o direito civil, trouxe à tona uma nova forma de se analisar o direito privado (TEPEDINO, 2005), admitindo-se a relativização das manifestações de vontade em nome do reestabelecimento da igualdade jurídica (MIRAGEM, 2010, p.27).

Vale dizer: passa-se a perceber que a visão individualista, liberal, não seria capaz de atender às situações decorrentes da dinâmica da sociedade de consumo (TEIXEIRA, 2000) e promove-se, assim, uma ordem pública de deliberada proteção da parte mais fraca, limitando-se a liberdade a fim de evitar eventuais abusos do fornecedor (DIAS, 2007).

Por essa tutela abranger a fase que precede a contratação, conclui-se que a vulnerabilidade do consumidor é, também, reconhecida quando este se vê diante da atividade publicitária, admitindo-se que o consumidor é "[...] afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem econômica, pela pressão das necessidades, pela influência da propaganda." (PASQUALOTTO, 1990, p.53). Afinal, é por meio da publicidade que o consumidor é despertado para a necessidade de adquirir o produto - o qual é transformado em sonho de consumo, capaz de trazer satisfação por si só, fazendo com que a motivação do consumidor passe a derivar preponderantemente de um desejo. (SANT'ANNA, 2013, p.83).

Cristiano Heineck Schmitt explica justamente que a vulnerabilidade do consumidor pode ser vista sob três aspectos principais: jurídica, técnico-profissional e, também, vulnerabilidade a partir da publicidade (2009).

Esta vulnerabilidade a partir da publicidade se verifica na medida em que de um lado da relação estão os consumidores, "[...] massa desorganizada e sem intercomunicação [...]" (MORAES, 2009, p.272) e do outro está o fornecedor, organizado, plenamente no domínio dos "[...] processos técnicos, financeiros e de mídia para induzir aos atos de consumo."(MORAES, 2009, p.272).

Feita essa breve abordagem sobre como se dá a dinâmica da publicidade e de que forma é tratada pelo mundo jurídico, cumpre, agora, que se aborde a discussão existente acerca da publicidade direcionada ao público infantil.

3 PUBLICIDADE INFANTIL: A VULNERABILIDADE AGRAVADA E A CONTROVÉRSIA SOBRE A NECESSIDADE DE PROIBIÇÃO

3.1 A vulnerabilidade agravada da criança

Estabelecendo-se um paralelo entre o CDC e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), percebe-se que muito embora o ECA não seja fruto de um comando constitucional específico, ambas as legislações foram elaboradas com a finalidade precípua de conferir proteção a sujeitos reconhecidamente vulneráveis. Convergem neste ponto, portanto (AZAMBUJA, 2014).

O ECA, neste contexto, veio em resposta à nova orientação constitucional, objetivando a proteção integral de crianças e adolescentes (DIGIÁCOMO, I.; DIGIÁCOMO, M., 2010), o que se percebe logo na leitura do art. 1º, o qual é literal no sentido de que o Estatuto dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (BRASIL, 1990).

Ainda, o artigo 4º do Estatuto reafirma o princípio da prioridade absoluta, introduzido no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, asseverando ser dever da família, da comunidade, da sociedade

em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças (BRASIL, 1990).

Deve-se, ainda, fazer menção ao princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se encontra presente no art. 6º do ECA, segundo o qual, na interpretação da lei "[...] levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (BRASIL, 1990) e ao princípio do melhor interesse da criança. Mencionam-se estes, especificamente, em virtude do maior grau de probabilidade de que se relacionem com o tema objeto do presente trabalho.

Assim, quando se analisam, especificamente, as questões envolvendo a atividade publicitária direcionada ao público infantil, não se pode ignorar que a criança – consumidora ou não – é, por natureza, vulnerável e destinatária de proteção especial, condição reconhecida pelo art.227 da CF (NISHIYAMA; DENSA, 2010), e que a partir da Doutrina da Proteção Integral a infância passou a ser reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento do ser humano (AZAMBUJA, 2014).

Maria Regina Fay de Azambuja afirma que "[...] não há como se pensar em dignidade da pessoa sem considerar as vulnerabilidades humanas [...]."(2014, p.71-72). Ressalta que as crianças são destinatárias deste sistema especial em razão das diferenças que apresentam em relação às demais pessoas (2014, p.72).

Entende-se, desse modo, por que razão a criança, uma vez inserida na relação de consumo, é considerada parte hipervulnerável (AZAMBUJA, 2014; BERTONCELLO, 2013; MORAES, 2009; NISHIYAMA; DENSA, 2010). Trata-se de sujeito sobre o qual incide duplamente a presunção de vulnerabilidade: é vulnerável porque é criança e, também, porque está inserido no mercado de consumo, presumindo-se a necessidade de uma proteção mais atenta do que aquela conferida aos demais consumidores (NISHIYAMA; DENSA, 2010).

Bruno Miragem considera que, ao se interpretar os conceitos trazidos pelo CDC, deve-se partir da premissa de que as crianças possuem julgamento deficiente em relação ao mundo exterior, possuindo uma vulnerabilidade especial ou agravada (MIRAGEM, 2014).

É, portanto, a condição de ser em formação, reconhecidamente hipervulnerável, que acaba levando ao entendimento de que, quando se está tratando de publicidade direcionada ao público infantil, faz-se necessária uma regulamentação ainda mais cuidadosa (DIAS, 2013; GUIMARÃES, 2001), com especial atenção para o caráter ético da mensagem publicitária veiculada (AWAZU, 2011). Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias destaca que a pouca idade faz com que a criança não tenha o alcance necessário para compreender os efeitos persuasivos da mensagem publicitária (2013, p.193).

Analisando-se esses fatos à luz da legislação vigente, conclui-se pela necessidade de uma maior sensibilidade no tocante à averiguação dos possíveis efeitos decorrentes dessa exposição, mormente se considerado que o princípio do melhor interesse da criança "[...] encontra seu fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude." (AZAMBUJA, 2014, p.73).

Não se pode, desse modo, ao avaliar os efeitos da publicidade direcionada ao público infantil, esquecer da doutrina da proteção integral, anteriormente destacada - incorporada na Constituição Federal (CF) e presente, de forma expressa, no art. 1º, do ECA - a qual traz consigo a ideia de que as crianças necessitam de atenção especial, sendo seus direitos oponíveis contra todos aqueles elencados no artigo 227 da Carta Magna (GAMA, 2004).

Essa reconhecida hipervulnerabilidade também decorre do fato de que as crianças, em especial, encontram-se amplamente expostas às técnicas do mercado de consumo, sendo alvo constante e preferencial dos anúncios publicitários (MORAES, 2009, p.306). Karen Bertoncello (2013) reflete que a indisponibilidade de tempo dos genitores teria limitado o conceito de lazer em família, tornando-o

UNILASALLE CANOAS-RS

praticamente sinônimo de passeios em shoppings centers e supermercados, o que faz com que as crianças encontrem-se à mercê, desde cedo, dos efeitos pretendidos pela atividade publicitária.

Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p.305) considera que, reconhecida a hipervulnerabilidade da criança, é necessário olhar atento à realidade concreta, a fim de que as conclusões não estejam dissociadas do que efetivamente é vivenciado na sociedade.

O CDC trata como publicidade abusiva aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança (NISHIYAMA; DENSA, 2010), dedicando à publicidade infantil, portanto, uma atenção especial, ainda que não tenha estabelecido, de forma muito pontual, quais condutas se enquadrariam no conceito de abusividade ali disposto, consoante já visto. Exigiu esta atenção especial em função justamente da verificação desta hipervulnerabilidade (BENJAMIN, 2007; MIRAGEM, 2008).

Sobre o tema específico, Bruno Miragem explica a necessidade de um dever de informar agravado, ressaltando que "[...] não se trata de coibir o recurso a técnicas normais de persuasão, ou mesmo que tornam a publicidade mais agradável. Apenas é vedada a utilização destas técnicas de modo a aproveitar-se da falta de discernimento das crianças." (2010, p.175).

O CBARP – dentro de uma limitação inerente a sua natureza - traz inúmeros dispositivos sobre o que considera abusivo em termos de publicidade destinada a crianças e jovens. Tem, inclusive, uma seção específica a respeito do assunto (seção 11), a partir do artigo 37, o qual traz tanto obrigações de cunho negativo – com determinações para que a atividade publicitária se abstenha de praticar determinados atos, como "[...] impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade" (Art.37, inciso I, alínea "d", do CBARP) – quanto imposições com viés positivo, referentes a atitudes que devem ser promovidas pela publicidade quando o anúncio for direcionado ao público infantil, como "procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo deste normativo" (art.37, inciso II, alínea "a", do CBARP).

Merece destaque, ainda, o tratamento conferido pelo CBARP ao *merchandising*, técnica publicitária desenvolvida em ambiente não publicitário, como no curso de um filme, novela ou qualquer outro programa de entretenimento (DIAS, 2013, p.230). Em relação à técnica, o inciso III do referido artigo 37, condena a ação de *merchandising* ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios a fim de atrair a atenção das crianças, podendo-se perceber, portanto, que já existe uma repreensão ética contra o *merchandising* infantil.

Para Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, o *merchandising* direcionado a esse público configura-se "[...] verdadeira emboscada, com nítido aproveitamento da inexperiência e ingenuidade das crianças."(DIAS, 2013, p.244).

Além do constante nas normas acima referidas cumpre, ainda, que se destaque a presença de dispositivos protetivos, também, na legislação infraconstitucional, como a Lei n.9.294, de 15 de julho de 1996, cujo artigo 3º, §1º, inciso VI, estabelece a proibição da participação de crianças em publicidades de produtos fumígenos.

Todavia, muito embora essa proteção advinda tanto do sistema público quanto do sistema privado, existe o entendimento de que a criança ainda não se encontra satisfatoriamente amparada contra os efeitos nocivos da atividade publicitária e que o arcabouço legal existente não seria apto a proteger, de forma eficiente, os hipervulneráveis (MORAES, 2009, p.304).

Em virtude dessa preocupação, discute-se muito acerca da necessidade de total proibição da publicidade infantil, assunto que será abordado de forma mais específica a seguir.

3.2 A publicidade infantil e a controvérsia sobre a necessidade de proibição

UNILASALLE CANOAS RS

Em que pese já exista a preocupação em relação aos efeitos produzidos pela publicidade infantil, com a consciência da necessidade de atenção especial no que tange à prática (MIRAGEM, 2008, p.65), é corrente o debate acerca da necessidade ou não de proibição do anúncio publicitário destinado a esse público.

Conforme já visto, os consumidores são todos vulneráveis e esta reconhecida vulnerabilidade também se manifesta diante da publicidade, o que torna necessária a regulamentação jurídica da atividade (GUIMARÃES, 2001, p.111), feita sob a perspectiva do consumidor (ALMEIDA, 2005).

Sabe-se, ainda, que a criança é destinatária de uma proteção integral por parte do Estado, o qual possui o dever - assentado na CF - de assegurar esta proteção com absoluta prioridade.

Desse modo, em sendo notório que a publicidade, na busca por seus objetivos, é moldada para atingir o consumidor de forma estratégica, utilizando-se da vulnerabilidade deste a seu favor (XAVIER, 2012), discute-se até que ponto esse agir é aceitável quando o foco do anúncio é o público infantil, reconhecidamente hipervulnerável.

Dentre os fundamentos favoráveis à proibição, destacam-se alguns de ordem prática, que vinculam a publicidade infantil a inúmeras consequências nocivas que estariam diretamente ligadas à prática da atividade. Neste sentido, o Instituto Alana elenca, dentre outras, a erotização precoce e a obesidade infantil (2009), a qual é fundamento para a aversão à publicidade relacionada à comercialização de alimentos (GUIMARÃES JUNIOR, 2005). Isabella Henriques destaca, dentre outras, a formação de valores materialistas e distúrbios alimentares (2014). Ainda, pode-se mencionar, conforme lembrado por Lúcia Ancona Lopez de Magalhções Dias, a inserção precoce da criança no mercado de consumo (2013, p.197).

Cumpre destacar o posicionamento externado pelo Instituto Alana, sociedade civil sem fins lucrativos, para quem a direito brasileiro já traz os fundamentos necessários a justificar a proibição da publicidade direcionada às crianças (2009).

Também neste sentido, Vidal Serrano Nunes Junior. O autor entende que a criança não possui as condições necessárias para compreender o real objetivo da atividade publicitária e, por consequência, não dispõe de capacidade para se defender dos seus efeitos. Fundamenta que a incapacidade para captar o conteúdo informativo e de perceber o caráter persuasivo faz com que a publicidade infantil se configure, por si só, abusiva e conclui que o CDC, aliado à doutrina da proteção integral, já proíbe a prática no país (2008, p.845-846).

Percebe-se, portanto, neste posicionamento, um diálogo entre o princípio da identificação e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, na medida em que é esta condição peculiar que leva à conclusão de que a criança não possui o necessário discernimento para identificar a natureza do conteúdo da mensagem publicitária.

Efetivamente, a preocupação referente ao princípio da identificação é um dos principais argumentos que embasam o discurso favorável à proibição. Isabella Henriques (2014) fundamenta que as técnicas empreendidas pelo *marketing* são sofisticadas e, muitas vezes, impossíveis de serem percebidas pelo público infantil, que não consegue responder criticamente ao apelo mercadológico. A autora entende que a comunicação mercadológica direcionada à criança deveria ser proibida e que, inclusive, a prática já é considerada abusiva diante do direito brasileiro, concluindo que a discussão acerca da necessidade de proibição específica deriva da falta de efetividade das normas já existentes.

Não obstante os entendimentos elencados, no sentido de que os fundamentos aptos a ensejar a proibição já existem no direito pátrio, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 5921/2001, cujo teor visa proibir, totalmente, a publicidade mercadológica voltada ao público infantil. Da leitura da justificativa do Projeto de Lei percebe-se que o foco da preocupação é, basicamente, a inexperiência da criança, bem como sua condição peculiar de ser em formação (BRASIL, 2001).

Em parecer elaborado sobre o Projeto de Lei n.5921/2001, o Conselho Federal de Psicologia também aborda o receio com a ausência de discernimento das crianças (e, portanto, com a ofensa ao

UNILASALLE CANOAS RS

princípio da identificação e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento). O parecer, que conclui, ao final, pela necessidade de regulação em relação à prática, dentre seus fundamentos destaca que "[...] a criança não tem a mesma compreensão do mundo que o adulto, [...] ela ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito." (2008, p.18).

Note-se que o foco da preocupação, invariavelmente, abrange a incapacidade do público infantil para reconhecer – e, consequentemente, defender-se – dos apelos publicitários que lhe são direcionados.

Cibele Gralha Mateus e Renata Gralha Mateus entendem que em nome da proteção que deve ser conferida às crianças, a publicidade dirigida a esse público deve sofrer "[...] fortes restrições e, quiçá, até mesmo sua abolição." (2014, p.162).

A favor da regulamentação específica da publicidade infantil, o Substitutivo apresentado ao Projeto de Lei n. 5.921/2001, em 19 de junho de 2013 (BRASIL, 2013), cujo texto não visa, tão somente, proibir de forma sumária da atividade publicitária direcionada às crianças, mas a sua regulação, através de dispositivos pontuais sobre o assunto.

Com essa perspectiva, busca definir alguns critérios para que determinados tipos de práticas se enquadrem no conceito de publicidade abusiva, os quais vêm elencados em seu art.4º, como o uso de linguagem infantil (inciso II) ou de personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados a crianças e adolescentes (inciso III), dentre outros.

Ao mesmo tempo, propõe-se a estabelecer obrigações tanto de caráter positivo - visando que a publicidade direcionada às crianças atue na promoção de determinadas ações (como o constante no art.6º, inciso VI, segundo o qual a publicidade dirigida a crianças e adolescentes deve "contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam crianças e adolescentes") - e, também, negativo, objetivando que se abstenha de certas práticas, como a exploração do medo e da superstição (art.6º, inciso XII), e a indução a qualquer espécie de violência (art.6º, inciso XIII) ou degradação do meio ambiente (art.6º, inciso XIV).

Na seara da preocupação com a crescente obesidade infantil, encontra-se a justificativa do Projeto de Lei n. 702/2011, cujo artigo 2º pretende alterar o §2º do artigo 76 do ECA, a fim de proibir a "[...] veiculação de propaganda direcionada especificamente para o público infantil nos canais de televisão aberta e por assinatura no período das 7 (sete) às 22 (vinte e duas) horas." Dentre as justificativas apresentadas para o Projeto de Lei percebe-se a preocupação específica com a obesidade infantil. Ressalta que: "mais crítico ainda é o caso das propagandas de alimentos com alto teor de açúcar e gordura, que inegavelmente contribuem para a elevação dos índices de obesidade precoce no Brasil. […] ."(BRASIL, 2011).

Reforçando o argumento a favor da proibição, sobreveio a Resolução n.163, de 04 de abril de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), a qual se propôs a dispor sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.

O polêmico art.2º da Resolução n.163/2014, do CONANDA, assim, estabelece a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica às crianças, com a intenção de persuadi-las para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos aspectos constantes em seus incisos, quais sejam: de linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores (inciso I), trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança (inciso II), representação de criança (inciso III), pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil (inciso IV), personagens ou apresentadores infantis (inciso V), desenho animado ou de animação (inciso VI), bonecos ou similares (inciso VII), promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil (inciso VIII) e promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil (inciso IX).

UNILASALLE CANOAS RS

Inconformadas, a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Aba), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), a Associação Nacional de Jornais (ANJ), a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), a Associação Brasileira de Rádio e Televisão (Abratel) a Associação Brasileira de TV por Assinatura (ABTA), a Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER) e a Central de Outdoor, entidades do mercado publicitário, manifestaram-se, mediante nota pública, no sentido de que somente reconhecem a legitimidade do Poder Legislativo para legislar sobre publicidade comercial (2014).

Neste mesmo sentido, a Associação Brasileira de Agências de Publicidade emitiu comunicado aos associados, defendendo a inconstitucionalidade da Resolução, sustentando que a mesma não possui força de lei e que estaria invadindo a competência legislativa do Congresso Nacional (2014).

De outro lado, o entendimento de Pedro Hartung, no sentido de que a Resolução teria caráter cogente, sob a alegação de que a Lei n.8.242/1991, a partir da qual foi criado o CONANDA, conferiu-lhe a legitimidade necessária, porquanto o artigo 2º, incisos I e II, estabelece a competência do Conselho para a elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e, também, para zelar pela efetiva aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (2014).

Bruno Miragem (2014), em parecer elaborado acerca da norma, entende que a Resolução não visa obstar a publicidade infantil, mas sim definir critérios para interpretação dos art. 37, § 2.º, e art. 39, inciso IV, ambos do CDC, os quais, por sua amplitude, acabariam dificultando a aplicação em casos concretos. Destaca, ademais, que o direito brasileiro proíbe apenas a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento da criança, não proibindo, contudo, qualquer atividade publicitária que se dirige a esse público.

Muito da ponderação em relação ao tema advém da preocupação de que as limitações impostas à atividade sejam desvirtuadas em direção à censura, como a externada por Cristian Aguiar Lopes (2010). Sob esse prisma, o CONAR manifesta-se veementemente contrário à proibição e, através da publicação da cartilha intitulada "Cidadãos responsáveis e consumidores conscientes dependem de informação (e não da falta dela)", defende que a falta de informação prejudica a autonomia dos consumidores (2012).

Contrário à proibição, Nelson Nery Júnior, em parecer elaborado como resposta a questionamento acerca da possibilidade ou não de restrição legal à publicidade infantil, posiciona-se no sentido de que proibir em abstrato a prática violaria os princípios da livre iniciativa e da liberdade de expressão e informação (2014).

Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias entende que a controvérsia reside sobre a medida da proteção e defende que as normas já existentes não são suficientemente aplicadas no combate às abusividades, não estando a jurisprudência aprofundada de modo a delimitar quais seriam, efetivamente, os casos em que a prática seria abusiva. Assim, entende que, antes de se discutir a eventual necessidade de proibir, regular ou limitar a atividade, seria necessária a aplicação da regulamentação existente (2015).

A autora considera, ainda, que a publicidade seria apenas um dos fatores que influenciam na formação das crianças e que sua restrição, pura e simples, resultaria inócua diante da ausência de políticas públicas com o objetivo de promover a educação e a saúde (2013, p.200).

Adalberto Pasqualotto, por sua vez, entende que as normas oriundas do CONANDA não se equiparam à lei, em razão de se tratar de órgão do Poder Executivo. Considera, entretanto, que a aplicação das normas já existentes é defeituosa, sendo o CONAR omisso, opondo-se a tudo o que provém do Estado sob a alegação de ofensa à liberdade. Para o autor, há um desentendimento entre os setores público e privado, razão porque nem a autorregulamentação, nem a legislação, possuem efetividade (2014).

Percebe-se, assim, uma ausência de consenso em relação ao tema. Contudo, mesmo que se esteja diante dos mais variados fundamentos, o certo é que o melhor interesse criança deve ser o norte para qualquer decisão que tenha por objetivo dar respostas aos posicionamentos mencionados ao longo desse trabalho, com a natural adequação de todos os fatores envolvidos a fim de atingir esse ideal constitucionalmente estabelecido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante demonstrado, existe um dever de observância da supremacia do interesse da criança, soberano diante de qualquer situação que, mesmo que tangencialmente, possa comprometer esse ideal. Reside aí a razão pela qual, quando se trata de publicidade infantil, esse dever constitucionalmente estabelecido permitirá a imposição de limitações (incluindo-se, aí, a limitação à liberdade de expressão), a partir da análise de possíveis ofensas aos direitos das crianças. Consequentemente, a preocupação com a censura não serve como justificativa absoluta para que se impeça a proibição da publicidade infantil.

Ao mesmo, em se tratando de direitos das crianças, qualquer análise deve ser feita mediante a averiguação minuciosa de todas as implicações passíveis de advir de qualquer hipótese porventura considerada, a fim de que se evitem decisões que descurem dos princípios abordados no decorrer deste estudo, razão por que se mostra pertinente uma reflexão aprofundada sobre o assunto, com o objetivo de busca por solução que melhor atenda à doutrina da proteção integral, com a perspectiva do ideal buscado pelo melhor interesse da criança.

De qualquer sorte, mesmo que não se considere automaticamente que a permissão de que se desenvolva a publicidade infantil desatenda ao princípio do melhor interesse da criança, há que se admitir que o respeito ao princípio da identificação é claramente comprometido quando o anúncio publicitário é destinado às crianças. Esse é um fator que deve ser sensivelmente considerado quando da discussão a respeito do tema.

O caminho a ser trilhado, frise-se, exige sensibilidade e atenção aos princípios destacados no decorrer desse trabalho, dentre eles o princípio do melhor interesse da criança, do respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, ainda, da identificação da mensagem publicitária.

Na busca pela solução que mais fielmente retrate o melhor interesse da criança é necessária uma comunhão de esforços de todos os envolvidos, eis que a proteção da criança, consoante o art.227 da CF, é dever de todos - família, sociedade e Estado –, com a consciência de que a proteção especial direcionada à criança se sobrepõe, forçosamente, aos interesses do mercado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.53, jan. 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE - ABAP. Comunicado, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://aner.org.br/comunicado-publicidade-infantil-portaria-no-1632014-conanda/> Acesso em 23 abr. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES – ABA, e outros. Nota pública, 2014. Disponível em: < http://aner.org.br/nota-publica-publicidade-infantil/> Acesso em 15 mai.2016.

AWAZU, Luís Alberto de Fischer . Alguns apontamentos acerca da relação entre ética na publicidade, a formação da criança e seus aspectos jurídicos. Revista de Direito Educacional, São Paulo, v.4, p. 233 – 244, jul. 2011.

UNILASALLE CANOAS RS

AZAMBUJA, Maria Cristina Fay. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (Org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.68-89.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n.2, abr. 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em 10 abr.2016.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo. v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed.rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n.9, p.25-57, jan./mar. 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Direito do Consumidor. Justitia, São Paulo, v.54, n.160, out./dez.1992. Disponível em:< http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23171/Direito_Consumidor.pdf>. Acesso em 10 abr.2016.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": como proteger as crianças consumidoras? Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.90, p.69-90, nov./dez.2013.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. Direitos do Consumidor e Direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.33, p. 182 - 190, jan. 2000.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.921 de 2001. Planalto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 702 de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494596>. Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. Substitutivo ao Projeto de Lei n. 5.921 de 2001. Planalto, 19 jun. 2013. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101726&filename=SBT+2+CCTCI+%3D%3E+PL+5921/2001> Acesso em 24 mar. 2016.

CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

UNILASALLE CANOAS-RS

CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança. Brasília, out. 2008. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em:<http://www.conar.org.br/>. Acesso em 23 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES (CONANDA). Resolução nº163, de 04 de abril de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 65, 04 abr. 2014. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014> Acesso em: 13 abr. 2016.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.32, p.171-200, out.2007.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.99, p.285-305, mai./jun.2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf> . Acesso em 24 mar. 2016.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade da informação. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.95, n.346, p.21-29, abr./jun.1999.

FELCA, Luiz Naul. Constituição de 1988: divisor d'águas da infância e juventude. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coord). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT e CEU, 2008.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. O Direito de Família - algumas questões contemporâneas. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v.5, p.71-100, jan. 2000.

FURLAN, Valéria Cristina Pereira. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.10, p.97-125, abr. 1994.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. Princípio da Paternidade Responsável. Revista de Direito Privado, São Paulo, n.18, p.21-41, abr./jun.2004.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Obesidade infantil: quando a publicidade é parte do problema de saúde pública. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.3, n.9, jan. 2005.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

UNILASALLE CANOAS RS

HARTUNG, Pedro. A força democrática de um Conselho Nacional. Disponível em: < http://criancaeconsumo.org.br/noticias/a-forca-democratica-de-um-conselho-nacional/.> Acesso em 24 mar. 2016.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (Org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.112-127.

INSTITUTO ALANA. Por que a publicidade faz mal para as crianças? Projeto Criança e Consumo, 2009. Disponível em: < http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf >. Acesso em 08 abr.2016.

LOPES, Cristian Aguiar. Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra a publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional. Câmara dos Deputados: Consultoria Legislativa, Brasília, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3849/legislacao_publicidade_lopes.pdf?sequence=1> Acesso em 08 abr.2016.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.1, p.149-183, mar. 1992.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa Do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.10, p.7-20, abr./jun.1994.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. Panorama normativo do controle da publicidade de consumo no direito brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, v.40, p.115-128, out. 2001.

MATEUS, Cibele Gralha; MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade da publicidade: até onde podemos ir? In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (Org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Estatuto da Criança e do Adolescente - a proposta de um novo sistema tutelar. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.686, p.310-318, dez.1992.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.43, p.111-132, jul./set.2002.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 49, p.40-76, jan./mar. 2004.

UNILASALLE CANOAS RS

MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - Conanda. Parecer. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.95, p.459-495, set./out.2014.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. O décimo-quinto aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança - contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.831, p.132-146, jan. 2005.
MORAES, Paulo Valério Dal Pai Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, decorrentes de questões de massa. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.56, p. 135 - 182, out.2005.

MORAES, Paulo Valerio Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Interpretação sistemática do direito. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor. Justitia, São Paulo, v.53, n.155, p.77-95, jul./set.1991. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/23281>. Acesso em: 14 mai.2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Limites para a publicidade infantil – Direito fundamental à comunicação e liberdade de expressão da iniciativa privada. Soluções Práticas de Direito, São Paulo, v.1, p.427-465, set. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.3, p.44-77, set./dez.1992.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.76, p.13-45, out. 2010.

NUNES JR., Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, IVES GANDRA e REZEK, Francisco (coord). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT e CEU, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 96, p. 89 - 104, nov./dez. 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 658, p.52-72, ago.90.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, ano 3, n.9, out./dez.2009. Disponível em:<http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf>. Acesso em 14. jan. 2014.

RODYCZ, WILSON CARLOS. O Controle da Publicidade. Revista de Direito do Consumidor, v.8, p.58-68, out. 1993.

SANT'ANNA, Armando. Propaganda: teoria, técnica e prática. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Cengage Learning. 2013.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.70, p.139-171, abr. 2009.

UNILASALLE CANOAS-RS

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Art.1º. In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

SPOSATO. Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.80, p.80-118, set. 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n.108, p.185-211, out./dez. 2000. Disponível em:< http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/1975 >. Acesso em: 8 abr. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código civil e complexidade do ordenamento. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.56, p.9-11, out. 2005.

XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: O valor da ética no controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 81, p.117-143, jan./mar.2012.

LA SALLE
UNILASALLE
CANOAS-RS

NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?

Raquel Von Hohendorff[1]
Paulo Júnior Trindade dos Santos[2]
Wilson Engelmann[3]
Daniela Regina Pellin[4]

RESUMO: A criação e disponibilização de cosméticos com base nanotecnológica vem chamando a atenção para a segurança e confiabilidade da utilização de tais produtos. A preocupação, quanto aos possíveis riscos advindos da utilização de nanocosméticos, instala-se no uso de nanoestruturas com partículas que possuem diâmetro muito reduzido em relação às barreiras celulares dos seres humanos. Assim, objetiva-se apresentar a pesquisa intitulada Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, realizada com apoio da FAPERGS, entre 2013 e 2015.Utilizou-se o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica e legislativa. Como resultados podem ser mencionados a propagação das interfaces entre os Nanocosméticos e o Direito à Informação de forma consciente e educativa, transdisciplinarmente, permitindo assim que as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações em cosméticos chegassem ao público leigo, de modo a auxiliar na construção do direito à informação compreensível ao consumidor. Os materiais elaborados ao longo do projeto (cartilha e história em quadrinhos com informações sobre as possibilidades e riscos da aplicação das nanotecnologias, em cosméticos, dirigidas ao público consumidor leigo no assunto e um livro com conteúdo mais técnico) permitiram a inserção do Direito na seara de estudo das nanotecnologias, abrindo-o transdisciplinarmente para o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

PALAVRAS-CHAVE: Nanotecnologias. Cosméticos. Consumidor. Informação. Riscos.

1 INTRODUÇÃO

A nanotecnologia já vem sendo aplicada e amplamente difundida em inúmeros setores produtivos, e, hoje, os consumidores, muitas vezes desconhecendo a composição dos produtos e seus possíveis riscos, consomem desde alimentos até materiais para prática de esporte, incluindo aqui, os cosméticos.

Na economia global de hoje, as empresas cosméticas estão sob enorme pressão para manter a lucratividade. Elas buscam novas estratégias competitivas para seus produtos. Uma das estratégias tecnológicas inovadoras vem a ser a nanotecnologia, através do desenvolvimento e produção de nanocosméticos. Estes são formulações de aplicação cutânea que propõe uma melhor modulação e/ou controle de seus perfis de entrega, além de uma melhor proteção à substância ativa. Por se tratar de uma tecnologia inovadora recente e em expansão no Brasil, observa-se a necessidade de definir

[1] Doutoranda em Direito- Unisinos- vetraq@gmail.com
[2] Doutorando em Direito-Unisinos-pjtrindades@hotmail.com
[3] Doutor em Direito Público-Unisinos- wengelmann@unisinos.com.br
[4] Doutoranda em Direito- Unisinos- daniela.pellin@terra.com.br

conceitos, vantagens e estudar possíveis riscos ao consumidor, assim como, de forma transdisciplinar, aproximar as áreas do conhecimento envolvidas, como o Direito e a Farmácia, buscando construir os elementos que consigam embasar o exercício do direito à informação de que o consumidor é titular.

Desta maneira, uma das perguntas que o projeto aqui apresentado, intitulado, Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, busca responder é sob quais condições se podem construir elementos científicos capazes de serem ensinados ao público consumidor leigo, buscando concretizar o direito à informação, constitucionalmente assegurado em relação às nanotecnologias e aos nanocosméticos?

A inter-relação entre as duas áreas – Direito e Farmácia – revelou as suas dificuldades, sinalizando, igualmente, para os desafios de se construir de modo transdisciplinaro conhecimento em torno das nanotecnologias aplicadas aos cosméticos.

Os objetivos gerais do projeto foram pesquisar e propagar as interfaces entre os Nanocosméticos e o Direito à Informação de forma consciente e educativa, propondo, através da transdisciplinaridade, definir conceitos, vantagens e possíveis riscos em relação a produtos inovadores com bases nanotecnológicas e propor avanço na discussão em desenvolvimento de um Marco Regulatório para produtos com escala nanométrica, de forma que beneficie empresas e consumidores.

Ao final, foi produzido um livro, contendo os resultados do projeto de pesquisa, que poderá ser lido no link a seguir: https://dl.dropboxusercontent.com/u/63524573/wilson/final.pdf.

Além deste livro, também se produziu uma História em Quadrinhos, mostrando, por meio de uma linguagem acessível ao leigo e de forma lúdica, as características das nanotecnologias aplicadas aos cosméticos, seus riscos e possibilidades regulatórias. A HQ poderá ser lida no link a seguir: https://dl.dropboxusercontent.com/u/63524573/wilson/hq%20nanotecnologia.pdf.

Ainda, foi elaborado um folder, resumindo o significado da escala nanométrica e a sua aplicação no setor dos cosméticos.

Todo este material foi distribuído nas diversas apresentações do grupo JUSNANO, publicizando o grupo de pesquisa, a pesquisa sobre os nanocosméticos e a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

2 NANOTECNOLOGIAS, COSMÉTICOS E RISCOS ASSOCIADOS

Segundo dados recentes, o Brasil vem se destacando no cenário internacional de cosméticos, com crescimento mais rápido do que o mundial. De acordo com a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC), o Brasil ocupa o primeiro lugar em consumo de perfumes e o segundo em produtos capilares (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS, 2011).

Assim, é preciso esclarecer sobre as 'nanotecnologias' – ou seja, uma escala que atualmente é empregada nas mais variadas áreas científicas para criação e adaptação de inúmeros produtos, inclusive cosméticos, sendo essa descoberta "nano", umas das mais instigantes e desafiadoras dos últimos tempos. As nanotecnologias se encontram em diversas áreas, como o tratamento, com relação direta à nanomedicina, a nanobiotecnologia, os *delivery systems*, os variados métodos de produção, a caracterização e a quantificação – envolvendo os métodos de separação e a avaliação

morfológica – além da parte da nanotoxicologia. Verificam-se tendências tecnológicas, as tecnologias emergentes e os desafios que esses avanços ainda trarão.

As nanotecnologias podem ser entendidas, tecnicamente, como uma coisa real numa escala invisível a olho nu (MARTINS, RAMOS, 2009, p.25).

Para se verificar melhor qual a dimensão que se está a tratar, apresenta-se abaixo um conjunto de escalas (Figura 1) na tentativa de permitir a visualização de métricas, até se chegar à escala do nanômetro:

Figura 1: A Escala das Coisas- Nanômetros e Mais

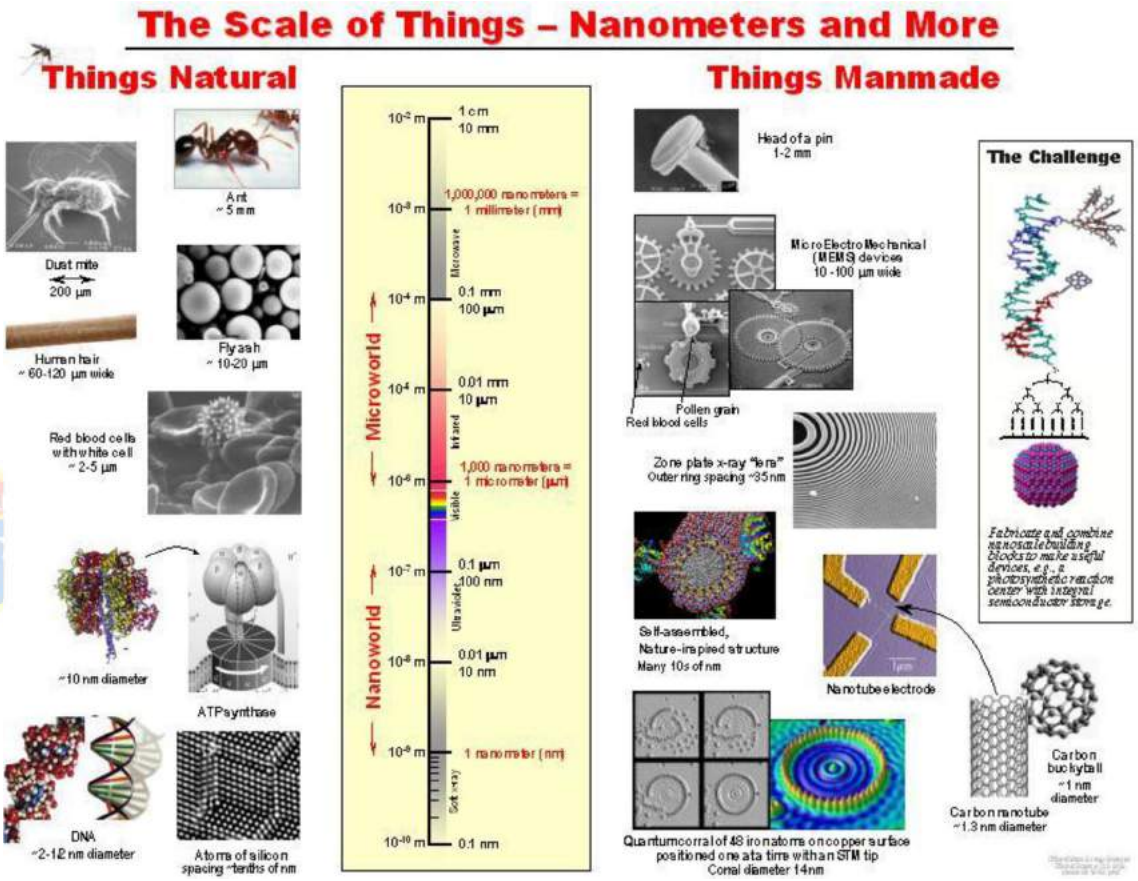


Figura 1. Escala de medidas de objetos naturais e de nanomateriais (http://cohesion.rice.edu/ CentersAndInst/CNST/emplibrary/Scale%20of%20Nanotechnology.jpg).

Estas tecnologias correspondem à investigação e ao desenvolvimento tecnológico em nível atômico, molecular ou macromolecular utilizando uma escala de comprimento de cerca de um a cem nanômetros em qualquer dimensão; à criação e à utilização de estruturas, dispositivos e sistemas que possuem novas propriedades e funções por causa de seu tamanho reduzido; e, à capacidade de controlar ou manipular a matéria em escala atômica (EPA, 2007).

Sinala-se que em cosméticos, normalmente as nanopartículas apresentam diâmetros compreendidos entre 100 e 600 nm. (FELLIPI, 2012). Na indústria de cosméticos, as nanopartículas estão presentes em xampus, condicionadores, cremes dentais, cremes anti-rugas, cremes anti-celulite, clareamento da pele, hidratantes, pós faciais, loções pós-barba, desodorantes, sabonetes, protetores solares, maquiagem em geral, perfumes e prego polishes. As nanoemulsões, por sua vez, constituem uma classe de emulsões com gotículas uniformes de pequeno tamanho na faixa entre 20 e 500 nm, que se tornam cada vez mais popular como veículos para a libertação controlada e dispersão

otimizada de ingredientes ativos. As vantagens da utilização de nanocosméticos vêm de proteger ingredientes de degradação química ou enzimática; controlar a sua liberação, especialmente no caso de irritante em doses elevadas, e o prolongamento da permanência dos ativos cosméticos.

Em recentes estudos foi demonstrada a projeção de que até 2020, se verifica a incorporação da nanotecnologia no cotidiano da indústria cosmética. Além de se projetar o uso da nanotecnologia na entrega específica de ativos a tecidos ou tipos celulares, mudando a forma como é realizado o desenvolvimento de cosméticos. A partir daí, em direção a 2030 e 2040, desenham-se os impactos da nanotecnologia na área capilar, permitindo o desenvolvimento de produtos inovadores, que mudarão o comportamento dos consumidores. Outro cenário que se vislumbra está em relação à medicina, como uma das principais áreas que serão impulsionadas pelo desenvolvimento da nanotecnologia, permitindo sua posterior aplicação na indústria dos cosméticos. Indo mais longe, em direção ao período em torno de 2050, projetam-se as tecnologias de nanoencapsulamento, que substituirão grande parte dos produtos baseados em tecnologia de emulsões (ABIHPEC, 2014-2015).

De acordo com uma avaliação realizada pelo Comitê Científico de Produtos ao Consumidor da Comissão Europeia, existe a preocupação quanto aos possíveis riscos advindos com a utilização de nanocosméticos, pois representam o uso de nanoestruturas com partículas que possuem ínfimo diâmetro em relação às barreiras celulares dos seres humanos (SCIENTIFIC COMMITTEE ON CONSUMER PRODUCTS – SCCP-Statementonzinc oxide used in sunscreens, SCCP/0932/05. 2005)

Para sumarizar o que foi desenvolvido até o momento, se pode apresentar: as aplicações da nanotecnologia e nanomateriais são encontradas em muitos produtos cosméticos, incluindo cremes hidratantes, produtos para o cabelo, maquiagem e protetor solar. Um relatório da *ObservatoryNano* (este relatório observa algumas das nanotecnologias utilizadas na indústria cosmética e fornece uma visão geral da atividade nesta área) descreve dois usos principais para a nanotecnologia em cosméticos: 1) a utilização de nanopartículas como filtros UV. O dióxido de titânio e óxido de zinco são os principais compostos utilizados nestas aplicações. Alternativas biológicas a essas também foram desenvolvidas; 2) a nanotecnologia para um sistema de entrega: os lipossomas e niossomas são utilizados na indústria cosmética como veículos de entrega. Estruturas mais recentes, como nanopartículas lipídicas sólidas e transportadores lipídicos nanoestruturados foram encontrados para ter melhor desempenho do que os lipossomas. Em particular, veículos lipídicos nanoestruturados têm sido identificados como um potencial agente de entrega cosmético, uma próxima geração que pode proporcionar o reforço de hidratação da pele, biodisponibilidade, estabilidade do agente e oclusão controlada. Têm sido propostas técnicas de encapsulamento para o transporte de ativos cosméticos. Nanocristais e nanoemulsões também estão sendo investigados para aplicações cosméticas. Patentes foram registradas para a aplicação dos dendrímeros na indústria de cosméticos (NANOTECHNOLOGY IN COSMETICS, 2015).

A utilização da tecnologia nano pode ser encontrada em inúmeros produtos como xampus, cremes para a pele, artigos de vestuário, alimentos, embalagens, produtos tecnológicos, entre muitos outros. Cumpre observar que as nanotecnologias vêm sendo aplicadas nas mais variadas áreas e tecnologias. Especialmente na área farmacêutica (que integra o escopo do referido projeto de pesquisa, que aproxima os Cursos de Direito e de Farmácia da Unisinos), os produtos de base nanotecnológica têm sido comercializados principalmente em cosméticos, tendo os nanocosméticos como foco, os produtos designados à aplicação na pele do rosto e corpo, como os protetores solares e produtos com efeito retardante do envelhecimento.

Os nanocosméticos, tratam-se então de novos produtos, que em grande maioria,são utilizados continuamente por seus consumidores, o que de certa forma pode vir a potencializar o risco. Ressalta-se que os nanomateriais, utilizados para criação de produtos nanotecnológicos, apresentam

UNILASALLE CANOAS-RS

características exclusivas, ou seja, novas, quando comparadas aos seus similares em escala maior (ou macro). Assim, motivos adicionais devem ser considerados, como a apresentaçãode grande aumento de sua reatividade química e a grande diversidade estrutural-funcional. Deste modo, os estudos e testes tradicionais para a verificação de toxidade não estão completamente adaptados para nanomateriais, em virtude do rápido avanço experimentado pela área e da carência de trabalhos sistemáticos e integrados (ABDI, 2011, p.18-19). Um exemplo real quanto a possível nocividade de produtos cosméticos que possuem a tecnologia 'nano' foi uma recomendação veiculada pela Agência Francesa de Segurança Sanitária de produtos de Saúde no sentido de alertar os consumidores, relativamente à utilização de produtos cosméticos, em especial os protetores solares à base de dióxido de titânio sob forma de nanopartícula, em uma pele danificada pelo sol ou sobre o rosto. Sinala-se que a agência francesa não questiona o emprego do referido produto em peles sadias, ou seja, "parece (estar) limitada às camadas superiores da pele sadia". (NANOTECNOLOGIA EM COSMÉTICOS 2010). Por solicitação da Direção Geral de Saúde (DGS), da França, a agência sanitária realizou estudo científico quanto à penetração cutânea do nanocosmético e pode concluir que a permeação cutânea dessa nanopartícula limitava-se às camadas superiores da pele sadia. Entretanto, em contrapartida, a agência "nada pode afirmar ou confirmar quanto à ausência de penetração cutânea sobre uma pele danificada"(NANOTECNOLOGIA EM COSMÉTICOS 2010). Como se pode perceber, os riscos são potenciais, quando da aplicação de nanotecnologias, em escala não indicada, especialmente aos nanocosméticos, podendo se concluir pela existência de riscos quando da criação de nanocosméticos.

O conhecimento das características das substâncias em tamanho maior não fornece informações compreensíveis sobre suas propriedades no nível nano, uma vez que as mesmas propriedades que alteram as características físicas e químicas das nanopartículas podem também provocar consequências não pretendidas e desconhecidas quando em contato com o organismo humano. A ausência de estudos sobre a interação da aplicação das nanotecnologias com o meio ambiente (ar, água e solo) expõe a possibilidade de ocorrência de riscos ambientais e também riscos em relação aos seres humanos.[5]

Mais de duas décadas atrás, estudos toxicológicos indicaram que seria prudente examinar e abordar as preocupações ambientais e de saúde humana antes da adoção generalizada da nanotecnologia. Com a exceção de algumas aplicações médicas da nanotecnologia, os governos, as empresas e até mesmo as universidades ignoraram este conselho. Como resultado, os governos permitiram que centenas, talvez mais de mil, produtos de consumo com materiais nanoengenheirados incorporados, fossem comercializados sem qualquer avaliação de segurança pré-mercado (SUPAN, 2013).

A maioria dos testes com nanopartículas tem sido desenvolvida em laboratório, e um problema especialmente grave é que investigações voltadas unicamente a substâncias tóxicas isoladas jamais podem dar conta das concentrações tóxicas no ser humano. Aquilo que pode parecer "inofensivo" num produto isolado talvez seja consideravelmente grave no consumidor final. As

[5] Com o objetivo de discutir os impactos da nanociência na sociedade, no meio ambiente e na saúde humana, pesquisadores e ativistas fundam o primeiro Observatório de Nanotecnologias das Américas, na Cúpula dos Povos, evento paralelo à Rio+20. No encontro, o médico William Waissmann, do Programa de Pós-graduação em Saúde Pública e Meio Ambiente da Fundação Oswaldo Cruz mencionou que o maior desafio no momento é que as agências regulatórias desenvolvam rotinas de avaliação para produtos em escala nanométrica e citou um dado estatístico que o preocupa: "para cada 38 trabalhos científicos dedicados ao estudo e desenvolvimento de novos nanoprodutos, temos somente um trabalho com o objetivo de avaliar questões de segurança e toxicidade". In: KUGLER, Henrique. Nanotecnologia em debate. Ciência Hoje, jun.2012. Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/blogues/bussola/2012/06/nanotecnologia-em-debate>. Acesso em: 20 maio 2016.

UNILASALLE SANOAS RS

publicações científicas quanto aos riscos estão restritas aos componentes dos produtos, e não aos produtos acabados, que serão apresentados para o consumo, o que gera um sinal de alerta, pois é neste momento, quando o produto é consumido, que passa a sofrer novos e diferentes processos de interação (ENGELMANN, 2011, p.344).

Em função dos possíveis riscos associados aos nanocosméticos se faz necessária e urgente a aplicação prática do princípio da informação, dando ao consumidor a opção de escolha entre o consumo de um produto nano mas com riscos ou um outro produto. Mas para isso é preciso o acesso à informação, de qualidade, que amplie o conhecimento e permita uma escolha fundamentada.

Neste sentido, um dos objetivos do projeto aqui apresentado, foi o de agir de modo transdisciplinar, em uma união do Direito com a Farmácia, criando materiais a serem distribuídos nas apresentações do grupo de pesquisa JUSNANO junto a escolas de ensino médio, para transmitir ao público consumidor maiores informações sobre estes novos materiais, bem como dar subsídios para que possam implementar seu direito à informação.

3 O PROJETO TRANSDISCIPLINAR E O DIREITO À INFORMAÇÃO- RESULTADOS DO PROJETO

> *Faz-se necessário o rompimento da arrogância da certeza disciplinar, que não deixa espaço para um entendimento que transcenda o aparente. Ubiratã D'Ambrosio*

O tema transdisciplinaridade atrai a atenção e instiga a investigação. O que é, afinal, essa expressão tão utilizada e propagada na atualidade? De que se trata tudo isso? Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma diferente forma de entender os acontecimentos da vida humana. É um modo de compreensão de processos, uma nova atitude frente ao saber, necessária ao mundo complexo atual.

O prefixo *trans*significaque a transdisciplinaridade está *entre, através* e *além* de qualquer disciplina. A lógica clássica criou a disciplinaridade, a divisão dos saberes em inúmeros compartimentos, todos isolados, sem relação entre si. Foram formados, deste modo, inúmeros especialistas em quase nada, que tampouco quase nada criam para solucionar os reais problemas da humanidade. Assim, não é mais viável que se siga fazendo ciência desta forma, inclusive em função das atuais necessidades mundiais.

BasarabNicolescu,[6]esclarece que o termotransdiciplinaridade surgiu na década de 1960, simultaneamente em trabalhos de diferentes pesquisadores (Piaget, Morin, Jantsch), demonstrando a ideia de transgredir fronteiras disciplinares e buscando ultrapassar a pluri e a interdisciplinaridade (NICOLESCU, 1999, p.11)**.**

A ideia de transdiciplinaridade transcende a ideia de disciplinas e vai além, referindo-se ainda ao que se encontra entre as disciplinas e através delas. Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma nova forma de ver e entender a natureza, a vida e a humanidade. É um modo de conhecimento, é uma compreensão de processos, é uma ampliação da visão do mundo e uma aventura do espírito. Transdisciplinaridade é uma nova atitude, uma maneira de ser diante do saber (NICOLESCU, 1999, p.151).Para Zemelmam, 1995, transdisciplinaridade é a reunião das contribuições de todas as áreas do conhecimento em um processo de elaboração do saber voltado para a compreensão da realidade, a descoberta de potencialidades e as alternativas de se atuar sobre ela, tendo em vista transformá-la.Um dos objetivos da trandiciplinaridade é a compreensão do mundo

[6] BasarabNicolescu é um cientista romeno, considerado pela UNESCO como uma das 20 personalidades de maior influência na educação do século XX e um dos maiores estudiosos da transdisciplinaridade.

UNILASALLE CANOAS-RS

atual e complexo, ultrapassando os conceitos fechados de disciplinas e desvelando a multiplicidade dos modos de conhecimento. O paradigma da modernidade é insuficiente, em função da excessiva compartimentalização dos conhecimentos.

Assim, resta claro que, para que o Direito brasileiro não permaneça alheio e à margem da grande revolução tecnológica que está em andamento, sendo capaz de, ao menos, propor alternativas para decisões em relação às situações que já vem ocorrendo, é necessário que se utilize da transdiciplinaridade. O estudo de diferentes temas da revolução tecnocientífica que implicam em necessárias mudanças de paradigmas e da tradicional visão do Direito de agir apenas após o fato se torna condição *sinequa non* para que a ciência do Direito permaneça em evolução e adequada às necessidades da sociedade.

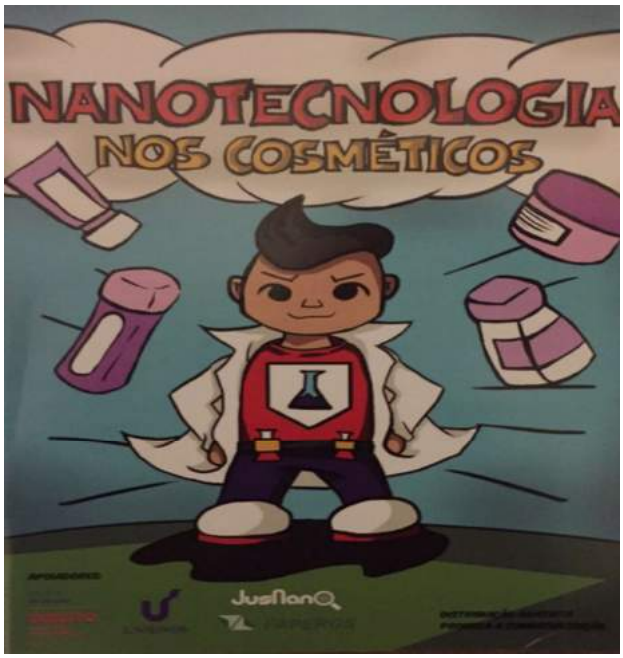
Para tanto, a proposta do projeto de pesquisa foi a de uma ação transdisciplinar, envolvendo principalmente a área do Direito e da Farmácia, mas também as diferentes disciplinas trabalhadas no ensino médio, de modo a expor, de forma atrativa, aos alunos, as nanotecnologias e os nanocosméticos, bem como seus riscos, e, não apenas do que se trata o direito à informação, mas sim como ele pode e deve ser exercido. Para tanto foram utilizados o folder, a história em quadrinhos, vídeos e o livro. Cabe mencionar aqui que a intenção foi utilizar materiais como a HQ e o folder de modo a tornar o assunto mais palpável e em uma apresentação mais adequada ao público alvo.

Em 2015 foram efetuadas visitas a 3 escolas, atingindo cerca de 150 alunos, em São Leopoldo e Novo Hamburgo, cidades da região metropolitana de Porto Alegre. E em 2016, foram visitadas duas escolas em Guaíba, também na região metropolitana de Porto Alegre, atingindo aproximadamente 70 alunos. Em todas as escolas a apresentação do Grupo de Pesquisa JUSNANO conteve o uso de vídeos explicativos sobre nanomateriais e nanocosméticos e a divulgação do folder (figura 2), das histórias em quadrinhos (figura 3) e do livro (figura 4).

Figura 2: Imagem do folder elaborado para uso nas apresentações do grupo

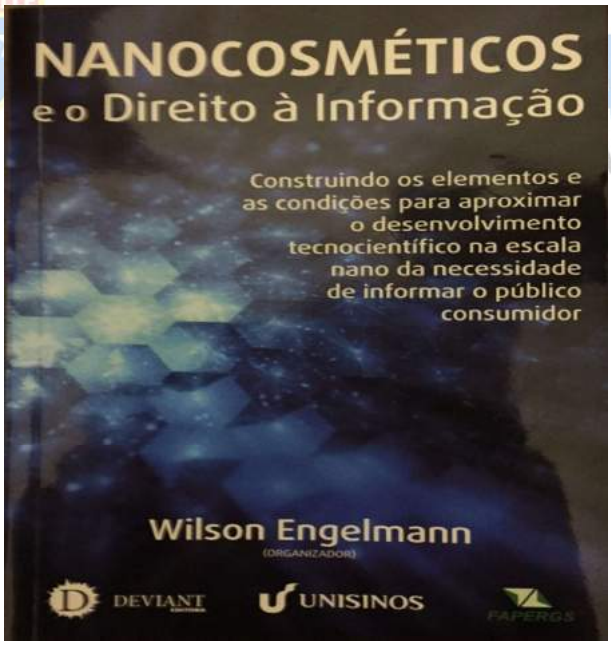
Fonte: autores.

Figura 3: HQ sobre Nanocosméticos



Fonte: autores.

Figura 4: livro publicado sobre o tema Nanocosméticos



Fonte: autores.

Ao longo de todas as atividades pode-se destacar o seguinte aspecto marcante: a interação com os alunos, que demonstraram muito interesse sobre o tema, participando ativamente das apresentações e da discussão, porém deixado claro o desconhecimentodos riscos que podem advir da revolução nanotecnológica. Essa situação vem a corroborar o fato de que a nanotecnologia já está no mercado, sendo conhecida do público em geral, porém sem maiores preocupações acerca dos riscos e possíveis danos que podem surgir.

A aceitação dos materiais foi muito boa, especialmente a história em quadrinhos, que demonstrou ter cumprido totalmente com o seu papel, que era o de levar a informação, de uma maneira adequada e com linguagem voltada ao público alvo específico, de modo de fácil aceitação e compreensão.

Em uma das visitas de 2016, foi aplicado um questionário breve, semiestruturado, com algumas questões acerca do tema, que atingiu 48 alunos.

A seguir apresentam-se os dados coletados, apenas tabulados em gráficos e aplicada a porcentagem aos resultados, sem maiores avaliações ainda, em função da data de coleta.

Quanto ao questionário, na figura 5 seguem uma parte dos dados coletados, referentes à idade, identidade sexual, renda e escolaridade.

Figura 5: Dados coletados referentes à idade, identidade sexual, renda e escolaridade

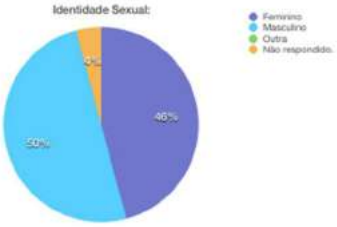
NANOTECNOLOGIAS APLICADAS ÀS COISAS:

1 - Marque a sua idade:

PARTICIPANTE	UNIDADES
Entre 15 e 18	19
Entre 18 e 29	18
Acima de 29	9
Não respondido.	2
Total	48

2 - Marque a sua identidade sexual:

PARTICIPANTE	UNIDADES
Feminino	22
Masculino	24
Outra	0
Não respondido.	2
Total	48

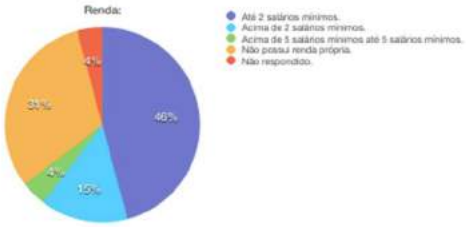


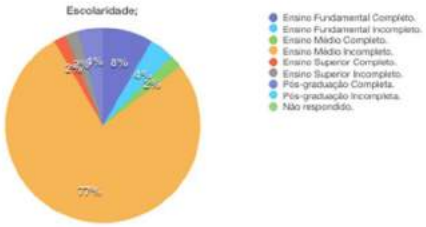
3 - Marque a sua renda:

PARTICIPANTE	UNIDADES
Até 2 salários mínimos.	22
Acima de 2 salários mínimos.	7
Acima de 5 salários mínimos até 5 salários mínimos.	2
Não possui renda própria.	15
Não respondido.	2
Total	48

4 - Marque a sua escolaridade:

PARTICIPANTE	UNIDADES
Ensino Fundamental Completo.	4
Ensino Fundamental Incompleto.	2
Ensino Médio Completo.	1
Ensino Médio Incompleto.	37
Ensino Superior Completo.	1
Ensino Superior Incompleto.	1
Pós-graduação Completa.	2
Pós-graduação Incompleta.	0
Não respondido.	0
Total	48





Fonte: GRUPO JUSNANO

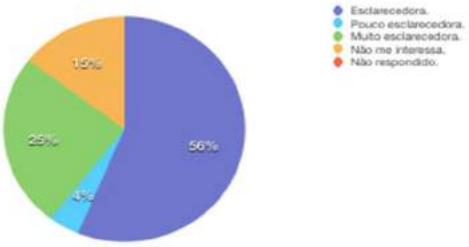
Em relação a estes dados, considerando-se que este trabalho não objetiva a sua análise, pode-se dizer que se tratam de alunos na maioria com idade entre 15 e 18 anos, a metade deles identifica-se como sendo do sexo masculino, a maior parte tem renda até dois salários mínimos e ensino médio incompleto.

Na figura 6, são apresentados os resultados aos questionamentos 5, 6, 7 e 8, que versavam respectivamente, sobre a avaliação da apresentação, o grau de importância do assunto, a percepção sobre a segurança, e o que pretende fazer com as informações recebidas.

FIGURA 6: Dados coletados acerca da apresentação, o grau de importância do assunto, a percepção sobre a segurança, e o que pretende fazer com as informações recebidas.

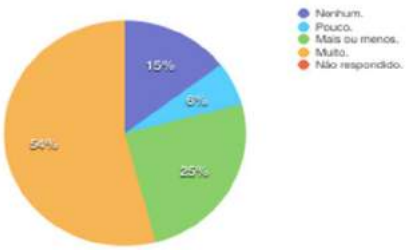
5 - Na sua avaliação, a apresentação foi:

PARTICIPANTE	UNIDADES
Esclarecedora.	27
Pouco esclarecedora.	2
Muito esclarecedora.	12
Não me interessa.	7
Não respondido.	0
Total	48



6 - Qual o grau de importância que você dá ao assunto?

PARTICIPANTE	UNIDADES
Nenhum.	7
Pouco.	3
Mais ou menos.	12
Muito.	26
Não respondido.	0
Total	48



7 - Qual a sua percepção sobre as nanotecnologias aplicadas nas nas coisa?

PARTICIPANTE	UNIDADES
Achei seguro.	5
Achei inseguro.	26
Achei que vale a pena correr o risco pelos benefícios que apresenta.	6
Não me importo com isso.	3
Não respondeu ou respondeu mais de uma alternativa.	8
Total	48

8 - O que você pretende fazer com as informações que recebeu?

PARTICIPANTE	UNIDADES
Vou falar com meus familiares e amigos porque é importante.	31
Não vou falar com ninguém porque não vão entender.	7
Não vou falar com ninguém porque não me interessa.	8
Não respondido.	2
Total	48

Fonte: GRUPO JUSNANO

Quanto ao questionamento sobre a avaliação da apresentação, a maioria, 56% dos entrevistados considerou a apresentação esclarecedora, 25% muito esclarecedora, 15% disseram que não se interessavam pelo assunto e 4% acreditaram ser pouco esclarecedora. Percebe-se que a maioria dos entrevistados teve uma boa impressão sobre a apresentação.

Ao serem questionados acerca do grau de importância que dão ao assunto, 54% consideraram muito importante, 25% mais ou menos, 15% nenhum grau de importância e 6% consideraram pouco

importante. Aqui também observa-se que a apresentação atingiu algum de seus objetivos, qual seja, fomentou o interesse pelo assunto.

Quanto à questão que versava sobre a percepção do risco, 54% consideraram inseguro, 17% não responderam ou marcaram mais de uma alternativa, 13% consideraram que vale a pena correr os riscos pelos benefícios que as nanotecnologias representam, 10% consideraram seguro e 6% informaram que não se importam com isso. Interessante observar estes resultados, eis que a maioria demonstrou considerar inseguro, mas 13% preferem correr os riscos em função dos benefícios... claro que se trata de uma amostra muito pequena, mas a partir dela pode-se pensar que uma vez conhecendo os riscos, ou seja, detendo a informação, cabe a cada um, como consumidor fazer suas opções de consumo, assumindo os riscos.

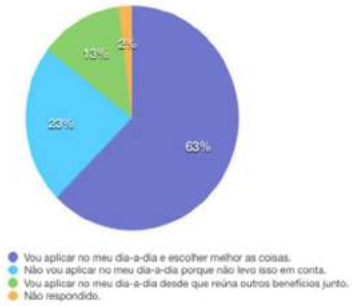
A questão 8 versava sobre o que os alunos pretendiam fazer com as informações recebidas, e, de modo salutar, 65% deles mencionaram que iriam falar com familiares e amigos, eis que consideraram o assunto importante. 17% mencionaram que não iriam falar com ninguém sobre o tema, por não se interessarem e 15% disseram que não iriam falar com ninguém pois as pessoas não iriam entender. Ainda, 4% não responderam. Aqui fica claro que é necessário desenvolver trabalhos deste tipo, levando a informação, de modo mais adequado à realidade, como por exemplo, fazendo o uso de histórias em quadrinhos, para que o objetivo possa ser atingido, ou seja, a informação possa ser compreendida e divulgada.

Ainda, na figura 7, apresentam-se as repostas aos questionamentos 9 e 10, o que você pensa sobre as informações que recebeu e o que você pensa sobre ter participado da pesquisa.

Figura 7: Dados coletados acerca das informações recebidas e sobre ter participado da pesquisa.

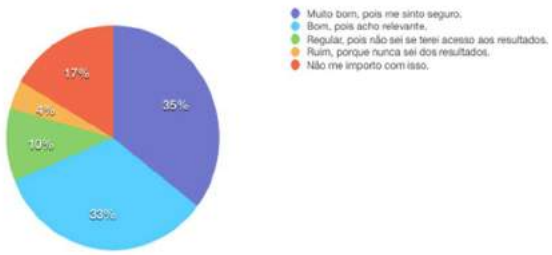
9 - O que você pensa sobre as informações que recebeu?

PARTICIPANTE	UNIDADES
Vou aplicar no meu dia-a-dia e escolher melhor as coisas.	30
Não vou aplicar no meu dia-a-dia porque não levo isso em conta.	11
Vou aplicar no meu dia-a-dia desde que reúna outros benefícios junto.	6
Não respondido.	1
Total	48



10 - O que você pensa sobre participar da pesquisa

PARTICIPANTE	UNIDADES
Muito bom, pois me sinto seguro.	17
Bom, pois acho relevante.	16
Regular, pois não sei se terei acesso aos resultados.	5
Ruim, porque nunca sei dos resultados.	2
Não me importo com isso.	8
Total	48



Fonte: GRUPO JUSNANO

Sobre o questionamento acerca das informações recebidas, 63% informaram que vão aplicá-las no dia a dia, utilizando melhor seu poder de decisão como consumidor, mas ainda 23% informaram que não vão aplicar pois não levam isso em conta, e 13% mencionaram que vão aplicar no dia a dia, mas desde que reúna outros benefícios e 2% optaram por não responder. Mais uma vez

verifica-se que o objetivo de informar e ensinar aos consumidores que eles devem exercer seu direito à informação, utilizando-o na tomada de decisões sobre consumo, foi atingido.

O último questionamento tratava da participação na pesquisa, e 35% responderam que acharam muito bom, eis que se sentiam mais seguros e 33%informaram que acharam bom, eis queconsideramelevante. Assim tem-se um total de 68% que consideraram muito bom ou bom, a grande maioria. Ainda, 10% informaram considerar regular pois não sabiam se teriam acesso aos resultados, 17% indicaram que consideravam ruim pois nunca recebiam os resultados e 4% demonstraram não se importar com isso. Observando estes resultados tem-se que a intenção de retorno às escolas já visitadas, para uma continuidade do trabalho, incluindo a apresentação dos resultados da pesquisa torna-se mais do que necessária, como uma retribuição e também com a ideia de seguimento do fornecimento de informações e objetivando também a formação e conscientização dos atuais e futuros consumidores, para com sua saúde e a do meio ambiente.

Verifica-se que a ideia de elaboração de cartilha e de história em quadrinhos contendo informações sobre as possibilidades e riscos das nanotecnologias e suas potencialidades aplicadas aos cosméticos, dirigida ao público consumidor leigo no assunto, demonstrou ter plena aceitação nos grupos onde foi aplicada, fazendo com que o grupo de pesquisa JUSNANO entendesse que seus objetivos com o projeto denominado Nanocosméticos e o Direito à Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor foram plenamente alcançados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma boa razão para investidores, assim como consumidores, se preocuparem com produtos químicos potencialmente nocivos em cosméticos. A indústria de cosméticos e cuidados pessoais é particularmente vulnerável à reação dos consumidores com questões de saúde que surgem relacionadas com a utilização dos seus produtos. Discutir se os medos (ou as dúvidas e incertezas) estão bem fundamentados ou não, e persuadir os clientes a voltar é muito mais difícil e mais caro, do que a manutenção da confiança e lealdade do cliente em primeiro lugar. Aqui alguns pontos que a indústria nanocosmética deverá atentar.

As ameaças à saúde podem incluir, por exemplo, câncer, danos ao desenvolvimento de fetos e bebês expostos aos produtos químicos através de produtos do bebê ou os cosméticos utilizados pela mãe, e interrupções de vários órgãos ou sistemas hormonais no organismo.

Percebe-se que a ideia de inserir o Direito, como um dos integrantes da área das Ciências Humanas, na seara de estudo das nanotecnologias, abrindo-o transdisciplinarmente para o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica, especialmente a área da Farmácia foi cumprida ao longo da execução do projeto.

A transdisciplinaridade objetiva ir além da compartimentalização do saber em disciplinas, ocupando novos espaços, entre as disciplinas e através delas, por meio da integração de conhecimentos. Trata-se de uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, bem como possibilita o desvelar de melhores maneiras de promover transformações mais eficazes e pertinentes. O ensino decorrente do processo transdisciplinar também deve ser mais eficiente e eficaz, possibilitando uma formação integral do ser humano.

Apenas com o desenvolvimento da capacidade de observar o conjunto como um todo, onde diferentes saberes devem ser aplicados ao problema, e não compartimentalizado em inúmeras disciplinas super específicas, é que se pode pensar na possibilidade de gerar mudanças reais na formação dos alunos consumidores, tornando-os mais capazes de lidar com as necessidades da sociedade complexa atual revolucionada pela tecnociência.

Desta forma, pode-se mencionar que o objetivo de criar condições para que as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações aos cosméticos fossem divulgadas, favorecendo a construção do direito à informação compreensível ao público consumidor leigo, foi plenamente atingido

O cenário global, onde está inserida a pesquisa e a produção dos nanocosméticos, é o momento da emergência da participação de um diversificado conjunto de autores, dos quais os consumidores tem um papel essencial, especialmente no que tange ao direito à informação, para que possam fazer opções fundamentadas, objetivando resguardar sua saúde e a do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – ABID. Nanotecnologias: subsídios para a problemática dos riscos e regulação. 2011, p. 18-19. Disponível em: <http://www.abdi.com.br/Paginas/estudo.aspx?f=Nanotecnologia< Acesso em: 20 maio 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS III caderno de tendências 2014-2015 Higiene perfumaria e cosméticos. ABDI SEBRAE e ABIHPEC. 2014-2015. Disponível em : https://www.abihpec.org.br/2013/10/caderno-de-tendencias-2014-2015. Acesso em 10 mai. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS, Panorama do Setor. 2011.Disponível em: http://www.abihpec.org.br/novo/wp-content/uploads/2012/04/Panorama-do-setor-2011-2012-04-FEV-2013.pdf. Acesso em 10 mai.2016.

ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da teoria do fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando "riscos" com o "direito à informação" por meio do alargamento da noção de "suporte fático" In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 8, 2011.

ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY - US EPA. Nanotechnology white paper. Prepared for the US EPA by members of the Nanotechnology Workgroup, a group of EPA's Sciencie Policy Council. Washington, 2007. Disponível em: <http://www.epa.gov/OSA/pdfs/nanotech/epa-nanotechnologywhitepaper-0207.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

ESCALA de medidas de objetos naturais e de nanomateriais (http://cohesion.rice.edu/ CentersAndInst/CNST/emplibrary/Scale%20of%20Nanotechnology.jpg).Acesso em 10 maio 2016.

FELLIPI, Candice. Esmalte e nanotecnologia: produtos cosméticos inovadores. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://entendendocosmetologia.blogspot.com.br/>. Acesso em: 01 maio 2016.

KUGLER, **Henrique. Nanotecnologia em debate.** Ciência Hoje, jun.2012. Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/blogues/bussola/2012/06/nanotecnologia-em-debate>. Acesso em: 20 maio 2016.

MARTINS, Paulo Roberto; RAMOS, Soraia de Fátima. Impactos das nanotecnologias na cadeia de produção da soja brasileira. São Paulo: Xamã VM, 2009.

NANOTECHNOLOGY IN COSMETICS. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/nanotechnology-in-cosmetics.php> Acesso em 22 maio 2016.

UNILASALLE CANOAS-RS

NANOTECNOLOGIA em cosméticos. Newsletter, Brasília, DF, ed. 33, nov. 2010. Disponível em: <http://www.abdi.com.br/PublishingImages/Nano%20em%20 Foco/NanoEmFoco%20-%20Junho2011/ novanano_junho_113.html>. Acesso em: 20 maio 2016.

NICOLESCU, Basarab. O manifesto da transdiciplinaridade. São Paulo: TRIOM, 1999.

SCIENTIFIC COMMITTEE ON CONSUMER PRODUCTS - SCCP. Statement on zinc oxide used in sunscreens, SCCP/0932/05. Europa, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/ph_risk/ committees/04_sccp/docs/sccp_o_00m.pdf> Acesso em: 22 maio 2016.

SUPAN, Steve. Nanomaterials in soil. Our Future foodchain? Institute for Agriculturaland Trade Policy: ATP, 2013. Disponível em: <http://www.iatp.org/files/2013_04_23_Nanotech_SS.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

ZEMELMANN, H. Determinismos y alternativas enlasCienciasSociales de América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Sociedad. México, 1995.

LA SALLE
UNILASALLE
CANOAS-RS

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE POR DEFEITOS, ATRAVÉS DA LENTE DO *DUTY OF CARE*

Flaviana Rampazzo Soares[1]

RESUMO: O ensaio tem o propósito de analisar os aspectos teóricos fundantes da responsabilidade por danos decorrentes de defeitos, no âmbito de incidência do Código brasileiro de Defesa do Consumidor, notadamente o dever de cuidado, explorando sua origem e raiz constitucional, seu conteúdo, extensão e limites, com o propósito de explicitar seu âmbito de aplicação e suas repercussões práticas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor. Acidente de consumo. Dever de cuidado. Defeito.

1 INTRODUÇÃO

É abrangente e extensa a bibliografia existente sobre o tema direito do consumidor, inclusive nas questões relacionadas ao direito de danos. Porém, pouco é tratado o substrato do direito do consumidor na ocorrência de defeito do produto ou serviço, o qual repousa no dever de cuidado que beneficia a pessoa do consumidor.

O artigo apresentado trata desse substrato, abordando seus contornos e aplicações, pois é demonstrável que, da sua não utilização, ou a sua subutilização, algumas teses prejudiciais podem ser indevidamente sustentadas. Igualmente, o artigo reforça a necessidade de conhecimento do conteúdo e extensão do dever de cuidado, bem como de sua aplicação efetiva, para que as normas jurídicas incidentes nas relações de consumo tenham correta análise e sejam tratadas com a devida atenção, trazendo efeitos desejáveis e com ampla sustentação jurídica.

A partir disso, infere-se a hipótese aventada, no sentido de que o dever de cuidado forma a base axiológica necessária ao adequado tratamento jurídico da responsabilidade por defeitos prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Para esse estudo, utiliza-se o método da pesquisa bibliográfico-documental, tendo como objetivo uma pesquisa exploratória, e como base uma pesquisa cuja natureza é essencialmente teórica, mas com repercussão prática.

2 PREMISSA BÁSICA DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O sistema normativo do direito do consumidor é a representação da superação de alguns antigos paradigmas da tradicional responsabilidade civil e do direito dos contratos. Isso é passível de identificação mais evidente na fragmentação do princípio da culpa,[2] do princípio da relativização dos contratos, da distribuição dinâmica do ônus da prova ou mesmo da sua inversão.

Com isso, quando se estudam as relações de consumo, é possível constatar que a maior ou menor censurabilidade atribuível à conduta do fornecedor (se houve ato ilícito voluntário, culposo ou doloso, decorrente de conduta negligente ou imprudente), não tem a mesma relevância que a necessidade de proteção do consumidor, evitando-se o dano, ou, caso ele ocorra, conduzindo-se de forma que o mesmo seja mitigado ou extinto.

---

[1] Professora. Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista Capes. Linha de pesquisa: eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado. E-mail: frampazzo@hotmail.com

[2] Sobre o tema, vide CATALAN, Marcos, 2013, p. 200-214. No mesmo sentido, mas tratando da responsabilidade extracontratual, veja-se SCHREIBER, 2007. p. 13-16 e 48 e o texto clássico de LIMA, 1998, p. 70.

UNILASALLE CANOAS-RS

Quando, nos acidentes de consumo, tem-se a aplicação da responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 149), vê-se com clareza a aplicação prática desses novos paradigmas, como resultado de uma aplicação concreta de um princípio maior, que é a regra da escolha da preponderância da proteção ao consumidor, quando em choque com os interesses do fornecedor.

A necessidade de ressarcimento da vítima de forma mais eficiente possível, sendo o instituto da responsabilidade objetiva um dos meios para se atingir esse fim, foi um importante passo para a instituição do sistema de *segurança social* (COMANDÉ, 1999, p. 9).

Mesmo que existam debates quanto a extensão do conteúdo do dever de cuidado do fornecedor, a responsabilidade objetiva por danos ocasionados por acidente de consumo foi explicitamente admitida, nos Estados Unidos, na década de 1960 quando também começaram a surgir decisões judiciais na Europa no mesmo sentido, apesar de ter sido na década de 1980 que a responsabilidade objetiva passou a constar na Diretiva n. 85/374/CEE, em seus arts. 1º, 4º e 7º (SANSEVERINO, 2010, p. 52).

Mesmo que a regulamentação da objetivação da responsabilidade por *defeito* seja recente, o que se costuma constatar é uma constante referência e vinculação ao vocábulo *segurança*. Porém, pouco se diz sobre a *causa* da escolha da *segurança* como qualidade da responsabilidade por defeito. Essa causa tem uma origem bem clara e juridicamente relevante, que será vista no próximo tópico.

3 O MITO DO CUIDADO E O DEVER DE CUIDADO (*DUTY OF CARE*) COMO SUBSTRATO AXIOLÓGICO DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O vocábulo "cuidado" pode chegar a nós, mitologicamente, para servir como meio de reflexão sobre o sentido do dever de cuidado e de seus arquétipos.

Assim, o mito do cuidado conta que o *Cuidado* era uma entidade (nem deus, tampouco semideus) que, em certa ocasião, ao atravessar um rio, apanhou um pouco de argila e passou a moldá-la, tomando uma forma humana. *Júpiter*, o deus-rei, aproximou-se da criação, e *Cuidado* pediu que fosse concedida a centelha da vida ao *ser* que acabara de criar.

Júpiter atendeu ao solicitado e, a seguir, o *Cuidado* tratou de pensar em um nome para esse *ser*, ao que Júpiter protestou, alegando que esse privilégio deveria ser seu. Em meio a essa discussão, surge a *Terra* (deusa-mãe), para advertir que ela era quem deveria dar nome ao ser, porque o ser foi feito de argila. *Saturno* (deus do tempo, da abundância e da igualdade), então, foi instado a resolver essa disputa, tendo decidido que, após a morte do *ser*, Júpiter teria essa alma de volta; à *Terra*, caberia o próprio corpo do *ser*, e, ao *Cuidado*, que lhe havia dado a forma humana, foi determinado que lhe acompanhasse, conservasse sua vida e lhe desse assistência enquanto o ser vivesse.

Esse ser, então, passou a ser chamado de *Homo* (do latim, Homem), o ser criado a partir do *humus* da terra (REICH, 2004, p. 349).

O mito do cuidado é citado diretamente por Martin Heidegger, um dos principais filósofos do século XX, e, na obra dele, o *cuidado* passa a ter um importante papel. Para Heidegger, a estrutura básica do ser humano é ontologicamente vinculada ao cuidado (HEIDEGGER, 2005, p. 255 e 258-259).

Ainda que Heidegger não tenha falado especificamente do cuidado sob uma perspectiva pragmática, ele, ao tratar da questão filosófica do *ser* em particular, desenvolveu algumas ideias relacionadas a ética prática do cuidado, do cuidado como elemento central necessário à compreensão do significado do ser humano, usando o termo *Daisen* para representar a experiência humana de estar no mundo através de participação e envolvimento (REICH, 2004, p. 354).

O *ser-no-mundo* é cura, uma estrutura que não é isolada do *eu comigo mesmo*, porque a cura tem um sentido de "esforço angustiado" (pode-se afirmar que representa a luta pela sobrevivência humana), e de "cuidado" e "dedicação", cuidado esse que se apresenta de duas formas: uma, assumida de uma parte em relação a outra e outra consequente, da parte que recebe o cuidado, e torná-la dependente desse cuidado (HEIDEGGER, 2005, p. 257).

Tanto a visão mitológica quanto a filosófica do cuidado, trazem a ideia de que se pode tratar da expressão "cuidado" como a atenção e a responsabilidade que se deve ter com aquilo que criamos, mas, igualmente, esse vocábulo pode expressar uma necessidade de desvelo em relação a quem se relaciona com o que resultou da criação.

Trazendo esse ensinamento ao universo jurídico e, sobretudo, às relações de consumo, tem-se que o dever de cuidado permeia a atividade do fornecedor desde a criação de um produto ou na concepção de um serviço, até que eles cumpram as suas funções, porque o cumprimento de uma função é a *causa* do seu fornecimento, que surge em razão de uma *necessidade*. O Daisen surge como um "estar no mundo" tanto do consumidor quanto do fornecedor, que deve se "envolver" naquilo que se propõe a fazer tendo como *alvo* o consumidor.

Conforme destacado tanto na introdução, quanto no item n. 2 deste artigo, é fundamental estudar qual é a base jurídica da proteção estabelecida no CDC quando referido diploma trata da responsabilidade por defeitos.

Isso é possível de ser alcançado através do exame dos *valores e dos princípios jurídicos*.

Mesmo que se admita a fluidez que é ínsita ao vocábulo *valor*,[3] há um espaço, nessa acepção, para construção teórica e prática.

Sabe-se que normas jurídicas consagram valores, sendo certo que tais normas possuem a função de formalizar e tornar pública a missão dessas normas, que, em última análise, é a de servir como elementos de defesa de quem possa ser afetado negativamente em seus interesses relevantes que sejam juridicamente atingidos de maneira ilegítima, ou mesmo de servir como norte para que determinados interesses sejam promovidos pelo Estado, que, por certo, deve ter sua conduta pautada considerando tais valores e por eles sendo limitado.

Logo, tem-se um determinado *estado de coisas*, determinante, e não determinado, de conotação, e não de denotação, no qual o Estado tem uma função de promoção da defesa do consumidor estatuída constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXII).

A defesa do consumidor considera o fato de que a vida é um valor - um "vetor do real" cognoscível e previamente idealizado, uma entidade constitucional por natureza (CUNHA, 2007, p. 418-421) -, e a defesa do consumidor é um princípio, radicado no plano deontológico, instituído como dever preliminar finalístico, dependente das possibilidades fáticas e normativas e aplicáveis em diferentes graus, pois deve considerar o estado de coisas a ser promovido em correlação aos efeitos, quanto as condutas que devem ser praticadas no interesse dessa promoção (ÁVILA, 2005, p. 18, 29 e 72).

Trata-se de uma realização desejável, algo com o qual o Estado se compromete porque considera como relevante para a construção de uma sociedade digna e justa. Tanto assim é, que a mesma Constituição Federal, que capta valores políticos e os reveste com viés jurídico, prevê que a ordem econômica deve observar o princípio de "defesa do consumidor" (art. 170, caput e inciso V). Com isso, surge a natural consequência do reconhecimento do princípio "defesa do consumidor" como uma norma imediatamente prospectiva, que merece realização concreta.

A intensidade (contexto e limites) desse compromisso o valor vida e o princípio da defesa do consumidor é o que deve ser visto. Porém, é inquestionável que esse compromisso existe e é fundado na Constituição Federal brasileira. Para atingir esse compromisso, a defesa do consumidor se materializa através da criação de um sistema jurídico especial, que permite essa proteção, bem como a promoção de seus interesses jurídicos relevantes.

A defesa do consumidor pressupõe o denominado dever de cuidado, caracterizado como um *dever jurídico*, que impõe a necessidade de cuidado e de proteção reconhecida como substrato axiológico do sistema de proteção do consumidor, o qual impõe uma imediata *sujeição* do fornecedor, numa seara em que se verifica a legítima expectativa de que esse cuidado tenha sido observado em cada

[3] Sobre o tema, vide DOMINGO, 1994, p. 118 ss.

UNILASALLE CANOAS RS

produto colocado em circulação e em cada serviço oferecido, por ser necessário à proteção dos interesses legítimos do consumidor (notadamente vinculados aos seus direitos de personalidade).

O dever de cuidado é juridicamente reconhecido, no Brasil, pela escolha do valor constitucional *defesa do consumidor*, contemplando a necessidade de proteção (tutela) desse valor, beneficiando o consumidor por ser a parte da relação de consumo que deposita *confiança* no produto ou serviço que será objeto da prestação, instituído como dever jurídico que deve permear a atividade do fornecedor.

O *duty of care* é figura presente no direito de danos na tradição da *common law*, sendo empregado notadamente em ações de natureza indenizatória que tratam de relações de consumo e na responsabilidade culposa. É um meio de limitação da conduta do fornecedor, com fortes raízes políticas, que considera a previsibilidade do dano, sua razoabilidade e justiça[4].

O dever jurídico de cuidado vincula o fornecedor ao consumidor, e é estabelecido no interesse deste, impondo àquele um modo de conduta diligente. Nesse sentido, ele justifica uma possibilidade de limitação da atuação do fornecedor ou a determinação de um agir diferenciado[5] ou sob determinadas condições.

Esse *dever jurídico*, além de ser uma legítima expectativa, fundamenta a faculdade que o consumidor tem de postular a sua efetiva observância, seja extrajudicialmente, ao denunciar ou postular investigação por parte dos órgãos de proteção do consumidor; seja judicialmente, ao dar início a um processo.

Isso indica que esse dever jurídico se manifesta em duas dimensões: o fornecedor, em razão do dever de cuidado, tem o dever jurídico de colocar em circulação produtos ou oferecer serviços adequados e que não causem danos juridicamente injustificados ao consumidor[6], e o consumidor tem a faculdade de agir, caso esse dever não seja atendido.

UNILASALLE CANOAS-RS

O *duty of care* é ínsito ao dever de ação com boa-fé, e pode ser visto nas regras que preveem ser direito básico do consumidor a proteção da sua vida, segurança e saúde, além do direito a prevenção e reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais (art. 6º, I e VI, e art. 8º do CDC), sendo certo que a prevenção é manifestação de cuidado prévio quanto a segurança e qualidade do produto ou serviço, e o direito à informação é essencial ao exercício de uma escolha consciente por parte do consumidor.

De acordo com o que foi visto neste item, o dever de cuidado representa o substrato axiológico da proteção devida ao consumidor, nas relações de consumo. Isso é constatável não apenas no sistema jurídico brasileiro, sendo também o elemento que permeia o direito de danos no sistema do *common law,* onde o *duty of care* é estudado com mais profundidade e aplicado a partir de critérios claros, estabelecidos por precedentes.

A responsabilidade por conduta culposa, no sistema da *common law,* caracteriza-se por um erro de conduta, uma falha de cuidado, causando um dano à outrem (em seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais), o qual, para ser caracterizado, depende da conjugação dos seguintes elementos: o dever de cuidado (*duty of care*), a quebra do dever de cuidado por parte do ofensor (*Breach of the duty by the tortfeasor*), o nexo de causalidade (*Causation of injury to the victim*) e o dano à vítima (*Damages to the victim*). A partir dessas afirmações, o primeiro questionamento a fazer é: o ofensor tem um dever

---

[4] "Duty of care is a key limiting device for the law of negligence. It is a matter of law and is strongly policy-based. The key cases on the general principles of duty of care are Donoghue *v.* stevensos and Caparo Industries *v.* Dickman. The factors which courts take into account in determining duty of care are foreseeability of harm, proximity and whether imposing a duty would be fair, just and reasonable". (BERMINGHAM; BRENNAN. 2014. P. 50).

[5] Obrigação tem um mais sentido estrito e específico (um elemento passivo de uma relação jurídica), ao passo que os deveres jurídicos possuem uma amplitude maior. Sobre o tema, vide VON TUHR, 1934, p. 5.

[6] Nos tópicos seguintes será explicitada a abrangência dessa "inadmissibilidade" por falta de justificação jurídica. Não se desconhecem, porém, as críticas a utilização da "legítima expectativa" como elemento a considerar na designação de um defeito (vide, por todos, CALIXTO, 2004, p. 137), mas se entende que é possível preenchê-la de conteúdo jurídico aceitável em um caso concreto.

de cuidado razoável em relação à vítima? Se negativa a resposta, não há responsabilidade. Se positiva a resposta, deve-se perguntar se houve a quebra desse dever de cuidado. Se negativa a resposta, não há responsabilidade. Se positiva a resposta, perquire-se a respeito da ocorrência do nexo de causalidade e da ocorrência do dano (BUCKLEY; OKRENT, 2004, p. 19-20).

Então, a partir do que foi abordado, é possível afirmar que o dever de cuidado é um dever jurídico, que deve atuar como um ponto de partida e também como ponto de chegada no direito do consumidor.

Seguindo-se nesse percurso, é necessário estabelecer o conceito de "defeito", classificando-o como uma violação desse dever de cuidado, para, a partir disso, traçar as consequências jurídicas dessa admissão, na esfera da responsabilidade do fornecedor, o que é objeto do próximo tópico.

4 O "DEFEITO" E SUA VINCULAÇÃO COM O DEVER DE "SEGURANÇA" NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Não há dissenso quanto a consideração do defeito do produto ou serviço como sendo aquele que deixa de oferecer a *segurança que dele legitimamente se espera*, sendo essa expressão utilizada na Diretiva da União Europeia n. 85/374/CEE, em seu art. 6º (ALPA, 1995, p. 244), e é essencialmente reproduzido nas legislações de diversos países.

Isso porque há a legítima expectativa de que o produto ou serviço atenda a necessidade de segurança e preservação da incolumidade pessoal do consumidor, nas esferas patrimonial e extrapatrimonial, porque, em última análise, essa proteção é uma extensão decorrente da incidência do valor vida, o princípio da dignidade humana, do princípio da defesa do consumidor[7] e do dever de cuidado, nesse tipo de relação jurídica.

Sendo inquestionável a existência do dever de segurança do fornecedor em relação ao consumidor, resta determinar qual seria o padrão de conduta admissível e, por fim, confrontar esse padrão considerado como recomendável com a conduta praticada, para avaliar se o produto é considerado defeituoso, pela falta do dever de segurança que legitimamente se esperava de um produto ou serviço.

Sabe-se que não há uma situação de segurança absoluta para todos os produtos e serviços, e não há regramento específico indicando quais seriam os elementos concretos a caracterizar um defeito, o que também não seria desejável. Trata-se, assim, de um *conceito jurídico indeterminado*, que confere certo grau de fluidez na atividade de preenchimento de seu conteúdo (mas não quanto as suas consequências, que são expressas), conforme as circunstâncias do caso concreto e o sistema jurídico vigente.

Mesmo admitido como conceito jurídico indeterminado, alguns contornos da expressão *defeito* constam na própria legislação brasileira, ao estabelecer que a apresentação, o uso e os riscos *razoavelmente esperados* do produto ou serviço, ou mesmo a época em que foram colocados em circulação que foram realizados, são elementos a considerar na interpretação do caso concreto.[8]

---

[7] A dignidade é um valor intrínseco e próprio do ser humano, de intensa e contínua manifestação e exteriorização, por deter razão e consciência particulares (na forma da Declaração Universal dos Direitos de 1948), com a peculiar capacidade de agir, conscientemente, sobre o mundo e de interagir, criativamente, com o meio em que vive, de acordo com as circunstâncias que entender mais convenientes e segundo a sua vontade e capacidade.
A dignidade, ao mesmo tempo em que une e iguala as pessoas (pois todas têm um núcleo comum), as difere, já que a dignidade serve para assegurar a preservação das diferenças que tornam cada ser único e especial e que são necessárias para o próprio desenvolvimento sadio da sociedade. A dignidade intervém para evitar que tais diferenças possam servir para inferiorizar uns frente aos outros. A respeito do tema, vide BORELLA, 1999, p. 38; SARLET, 2001, p. 110-11 e LÓPEZ, 2004, p. 510.

[8] Os defeitos podem ser *de projeto ou concepção*, de *execução ou de informação*. Essa classificação pode não ser isenta de críticas, mas auxilia na análise da questão, conforme destaca BENJAMIN, 1991. p. 52.

UNILASALLE CANOAS RS

Quanto a época em que o produto ou serviço foi posto em circulação, não é possível exigir do fornecedor um padrão de segurança, ou a aplicação de uma tecnologia, de um procedimento, de um material, de uma técnica, etc., inexistente ou inexigível ao tempo em que esse produto ou serviço foi introduzido no mercado.[9]

No tocante à *apresentação*, esta abrange o *layout* do produto ou serviço, seu formato, a publicidade a ele relacionada, suas instruções (rótulos, bulas, advertências, etc.), ou seja, a apresentação diz respeito aos aspectos externos do produto ou serviço, que devem ser completos, precisos e claros e inteligíveis por parte do destinatário ou seu responsável.

O uso previsível e os riscos razoavelmente esperados do produto ou serviço, por sua vez, tratam do seu aproveitamento normal, significando um servir-se do que está à disposição do consumidor da forma regular, implicando uma utilização de acordo com o que é *usual*, sem extravagâncias de um uso inadequado.

Dentro desse contexto de uso em moldes usualmente aceitos, está o dever do fornecedor de antever condutas dos consumidores que sejam comuns (previsíveis), como, por exemplo, que produtos infantis sejam colocados na boca pelas crianças.

O dever de diligência imposto ao fornecedor determina, por exemplo, que ele faça brinquedos em que os materiais nele empregados não sejam tóxicos ou perigosos (interna ou externamente) e que possam ser colocados na boca sem machucar ou causar intoxicação (BENJAMIN. 1991, p. 47).

O dever de cuidado não se restringe ao produto em si. Ele também influencia o direito de informação do consumidor.

E, nesse aspecto, os produtos dirigidos ao público infantil são novamente o exemplo. Toda propaganda de produtos infantis deve ser feita com cautela, pois a criança é um ser em formação (física e psíquica), cujo discernimento está em maturação, e, por inexperiência e vulnerabilidade agravada, tem a propensão de acreditar que aquilo que é visto ou ouvido é crível, não sendo admissível uma propaganda sobre algo que não se pode alcançar ou que possa levar a um entendimento de qualquer maneira distorcido ou perigoso por parte do público alvo da propaganda, vale dizer, o paradigma ao exame da correção ou incorreção da propaganda veiculada é aquele do resultado de um entendimento infantil, sob uma ótica de avaliação muito criteriosa[10].

O dever de cuidado também determina, por exemplo, que um fabricante de produtos de limpeza de lentes de contato fabrique um produto que não agrida os olhos do consumidor, pois é possível ("legitimamente esperado") que o consumidor use esse produto diretamente nos olhos, tanto quanto possa utilizá-lo no asseio das suas lentes de contato.

Por isso que, em muitos casos, a utilização aparentemente incorreta ("criança colocar o brinquedo na boca") enseja a responsabilidade do fornecedor por defeito no produto ou no serviço, porque a conduta, a despeito de não ser a mais "correta", era legitimamente esperada. Mas a responsabilidade passa ao responsável pela criança, quando lhe dá ou deixa ao seu alcance brinquedo inadequado à sua idade.

Igualmente, é legitimamente esperada a confiança do consumidor, no sentido de que produtos ou serviços que estejam à sua disposição tenham um padrão mínimo de qualidade e que sejam seguros.

---

[9] Os denominados "riscos de desenvolvimento" (que tratam das hipóteses em que o estágio de conhecimento científico não atingiu o ponto de possibilitar a identificação da ocorrência de defeito quando o produto ou serviço é posto em circulação) são importante questão na responsabilidade por acidentes de consumo. Trata-se de assunto polêmico, pois há divergência doutrinária a respeito desse risco como causa excludente da responsabilidade do fornecedor. Por isso, esse ponto ainda que seja brevemente referido neste artigo, merece estudo apartado e mais aprofundado, que este trabalho não comporta.

[10] Sobre a propaganda de produtos infantis, vide, sob o aspecto normativo, o art. 37, parágrafo 2º, do CDC, bem como as limitações impostas através da Resolução n. 163/2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -Secretaria de Diretos Humanos da Presidência da República. Sob a ótica doutrinária, veja-se: BERTONCELLO, 2013, p. 69 e ss.

UNILASALLE CANOAS-RS

Assim, foi visto neste tópico que a expressão defeito é um *conceito jurídico indeterminado*, mas que a própria legislação, e mesmo a doutrina, informam condições necessárias ao preenchimento de seu conteúdo.

No próximo tópico, será visto o que pode ser considerado como um *comportamento admissível* por parte do fornecedor, em matéria de segurança esperada no produto ou serviço, que respeite esse substrato axiológico, que é o dever de cuidado (*duty of care*).

5 O COMPORTAMENTO ADMISSÍVEL E O DEVER DE CUIDADO

O estudo do denominado *comportamento admissível*, pode ser tormentosa.

Isso porque há três critérios de análise previstos na doutrina: a análise concreta, a análise abstrata, e a análise mista. O primeiro critério considera a conduta do fornecedor e na conjuntura do evento, enquanto que o segundo verifica a questão de acordo com um comportamento médio aceitável, determinado *a priori*[11] e o terceiro agrega elementos de um e outro, sem uma necessária preponderância, sendo essencialmente casuística.

Mesmo sabendo das críticas que são feitas aos critérios que buscam um modelo abstrato de comportamento (SAVATIER, 1951, p. 7) é necessário admitir que não há critério universal ou isento de objeções, pois, conforme visto no tópico anterior, a subjetividade é inerente aos próprios termos *defeito* e *segurança*.

A partir do exame dos três diferentes critérios referidos, é possível sustentar a utilização do padrão misto de análise, o qual conjuga o modelo de conduta concebido abstratamente como exigível, bem como a conjuntura concreta do caso em análise, atribuindo-lhe um peso que pode ser diferente considerando as circunstâncias do caso concreto.

UNILASALLE CANOAS-RS

Esse critério é admissível porque, na responsabilidade por defeito, a análise da responsabilidade não se calcará sobre o erro ou acerto na conduta do fornecedor ("culpa"), mas terá como base a avaliação do caso concreto, ou seja, se o produto ou serviço resulta de um histórico de admissível cuidado com o consumidor em um caso concreto sob julgamento.

De toda forma, a experiência prática indica que o juízo crítico a respeito da classificação do produto ou serviço como defeituoso é realizado posteriormente à ocorrência do dano, através da comparação entre o resultado real do produto ou serviço e aquele que, segundo a diligência, seria o legitimamente esperado para o caso.

Tem-se presente que, na responsabilidade decorrente do defeito, a intensidade do cuidado com a segurança que pode ser exigida do fornecedor é variável, de acordo com as circunstâncias, mas é tanto maior quanto o risco que está envolvido no fornecimento de produtos ou serviços.

Esse risco envolvido, na determinação do *standard* de cuidado exigível em cada caso concreto, deve considerar não apenas a intensidade ou a gravidade dos danos que podem ser ocasionados em decorrência do produto ou serviço, mas, igualmente, a probabilidade de que os mesmos aconteçam, pois tais aspectos determinam uma maior cautela do fornecedor em relação ao consumidor.[12] Portanto, são critérios qualitativos e quantitativos a considerar, para definir o risco.

A reflexão a respeito do dever de cuidado no fornecimento de produtos ou serviços também

---

[11] À semelhança do raciocínio aplicado na aferição da culpa no direito de danos: "Em outros termos, encarada a culpa in concreto, o agente terá faltado à diligência que as pessoas são obrigadas e empregar nas próprias coisas (*diligentiamquam suis rebus adhiberesolet*); na culpa *in abstracto*, o agente terá faltado àquela atenção que um homem atento emprega na administração de seus negócios, fazendo uso da inteligência com que foi dotado pela natureza". (CAHALI, 1977, p. 27).

[12] Em *Haley v. London Electricity Board* (Londres, 1965), uma Companhia fornecedora de eletricidade foi responsabilizada por negligência, porque a barreira que erigiu no entorno de um buraco que havia feito em uma estrada não era capaz de evitar que pessoas cegas fossem lesadas (RUSH *et al*., 2006, p. 144).

passa por aqueles casos em que o custo para tornar seguro o produto ou serviço seja alto a ponto de inviabilizar a sua circulação no mercado, hipótese em que se torna necessária uma ponderação de interesses.

Nessa ponderação, se for verificado que um produto ou serviço é realmente necessário, a ponto de que os possíveis problemas ocorram em um percentual pequeno ou de menor gravidade quando comparados aos benefícios que o mesmo traz à coletividade, e que justifique a sua manutenção em circulação ou a sua realização, mesmo sem a condição ideal de segurança para essa hipótese, prevalecerá o interesse do maior número de beneficiados, em detrimento dos possíveis lesados, desde que o dever de informação seja escorreitamente cumprido, permitindo ao consumidor um adequado exercício ao direito de escolha. Deve-se advertir que a análise de tais casos deve ser criteriosa e muitas vezes não excludente do dever de indenizar, apesar da manutenção da sua circulação no mercado ou da autorização da sua realização.

É o caso, por exemplo, do álcool gel e do álcool líquido concentrado. O álcool em gel foi introduzido no mercado porque, não obstante o fato de que o álcool líquido concentrado tem maior possibilidade de causar danos de monta, enquanto que o álcool gel cumpre a função de higienização, sem o efeito nocivo do álcool líquido concentrado.

Também é bastante conhecido o caso da Talidomida, medicamento que, no período de 1950-1970 foi vendido indiscriminadamente como sedativo para gestantes, propalado como sendo "atóxico". Inúmeros bebês morreram nos ventres das suas mães ou nasceram com sérias deformações físicas, como efeitos colaterais do uso do medicamento (SALDANHA, 1994, p. 449-64).

A Talidomida não foi banida do mercado. Porém, a sua venda é restrita e controlada, pois ela segue sendo utilizada no tratamento de lúpus e artrite, sendo proibida a sua administração em gestantes.

Em outra ponta, nos casos de produtos ou serviços que tenham uma grande periculosidade (assim considerados aqueles que causem prejuízos de grande monta ou em grande número de casos; que a periculosidade seja de difícil supressão, etc.), ou nos casos em que existam no mercado produtos ou serviços similares, com menor potencial agressivo, o recomendável é que tais produtos ou serviços não sejam postos em circulação ou, caso estejam no mercado, sejam recolhidos (BENJAMIN, 1991, p. 52-53), medida essa atuante como representação prática do dever de cuidado.

As boas práticas de mercado e de fabricação também podem servir como paradigma na análise da conduta do fornecedor. Assim, quando um fornecedor, na sua atividade, utiliza-se de procedimentos conforme as boas práticas, que sejam usuais no segmento de mercado em que atua, é provável que esteja agindo corretamente, pois se trata de uma conduta conforme um padrão médio e razoável.

Porém, se essas práticas, ainda que usuais, não forem consideradas seguras, ou se estiverem fora de um padrão admissível e exigível de cuidado quanto aos que utilizarem um produto ou serviço, elas não atendem ao dever de cuidado e devem ensejar ao fornecedor o dever de indenizar o consumidor lesado.

Em inúmeros casos de fornecimento de produtos ou serviços, há regulamentações especiais que tratam das condições em que os mesmos poderão ser postos em circulação. É o que acontece, por exemplo, no fornecimento de energia elétrica, de gás, na fabricação, distribuição, compra e venda de medicamentos. Nessas atividades, as regras instituídas podem ser utilizadas como meios de determinação dos deveres do fornecedor, e da classificação da sua conduta no exercício das suas atividades[13].

Não se pode esquecer, na determinação do dever de diligência na proteção ao consumidor, das

[13] Conforme esclarece Bodin de Moraes: "De maneira geral, para a identificação em concreto da periculosidade, alguns critérios indicativos devem ser usados, como por exemplo, o fato de a atividade ser administrativamente regulada, ou depender de autorização, ou, ainda, quando o prêmio do seguro for alto, critérios que servem de indício de sua natureza de risco. Além disso, estatísticas deverão ser utilizadas para a especificação daquelas atividades que, com maior frequência, ensejam acidentes." (BODIN DE MORAES, 2006, p. 29).

UNILASALLE CANOAS-RS

hipóteses em que "a coisa fala por si" (*res ipsa loquitur*), situação que ocorre quando, analisando-se determinado fato, verifica-se que o mesmo não seria possível de ter ocorrido, exceto se fosse o resultado de uma falta de diligência do fornecedor. Ou seja, em condições normais, frutos de um cuidado razoável, determinado produto ou serviço não causaria um dano: o dano só ocorreu porque houve uma falha no dever de se conduzir com um cuidado razoável.

A natureza do produto também atua como elemento a ser considerado para averiguação da ocorrência de um defeito. Produto novo é diferente de produto usado; produto durável tem características diversas das de um produto perecível; produto feito para o uso doméstico é diferente do produto vendido para uso industrial.

Outro fator a ponderar é o preço do produto ou do serviço, pois não se pode exigir um mesmo nível de segurança de um produto de menor preço e mais simples daquele que é mais caro e complexo. Nos casos em que não houver diferença de preços, se há um nível de segurança regular que seja equivalente, o produto que não tem o mesmo nível de segurança que o produto superior não deve ser considerado como defeituoso (GUIDINI, 1990, p. 46-47 e 55).

Um produto possui uma vida útil média, e esse é um parâmetro admissível na interpretação judicial de um caso concreto.[14] Ademais, o desgaste causado pelo tempo e a intensidade de uso determinam uma atenuação na avaliação da ocorrência de defeito.

Os produtos ou serviços potencialmente perigosos, ou prejudiciais por natureza, como, por exemplo, as bebidas alcoólicas ou instrumentos cortantes são insitamente perigosos, não sendo possível

[14] Os critérios admissíveis relacionados a vida útil do produto foram definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 984.106/SC (Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012, RSTJ vol. 229, p. 462). Ementa: "(...) Ação de cobrança ajuizada pelo fornecedor. Vício do produto. Manifestação fora do prazo de garantia. Vício oculto relativo à fabricação. Constatação pelas instâncias ordinárias. Responsabilidade do fornecedor. Doutrina e jurisprudência. Exegese do art. 26, § 3º, do CDC. (...) 5. Por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. 6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então. 7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual. 8. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem. 9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido."

falar de defeito em risco inerente, previsível e tolerável[15], conhecido do consumidor.

Por outro lado, o uso controlado de um medicamento que cause reações adversas é admissível, e essa possível reação adversa não pode ser considerada como defeito, quando os benefícios de seu uso em um caso concreto superam os prejuízos por eventual reação. Entretanto, se o consumidor não foi devidamente alertado a esse respeito (possibilidade de reações adversas), há defeito (de informação) e consequente responsabilidade do fabricante[16].

Ainda há o questionamento a respeito da impossibilidade de o fornecedor saber que determinado produto poderia ter um defeito, no momento em que ele foi colocado em circulação, em razão do nível de conhecimento científico existente e técnicas disponíveis até então, o que abrange o denominado risco do desenvolvimento (BENJAMIN, 1991, p. 67).

No Brasil, ao contrário de muitos países europeus[17], os riscos do desenvolvimento devem ser absorvidos pelo fornecedor, ou seja, o consumidor, vítima de um dano causado por um produto, por consequência nociva que não tenha sido conhecida ao tempo em que foi colocado no mercado, tem direito a uma indenização pelos danos sofridos.

A doutrina estabelece que essa determinação tem como base o argumento de que o fornecedor: (1) é quem tem o controle sobre a produção e, por isso, deve ter o cuidado de apresentar produtos com qualidade e segurança; (2) deve arcar com o resultado da colocação do produto em circulação, pois foi quem criou o risco de dano; (3) por seu conhecimento quanto ao produto, criação,

---

[15] "Por isso, deve-se estabelecer uma distinção entre produtos e serviços intrinsecamente perigosos e os acidentalmente perigosos. Os produtos e serviços intrinsecamente perigosos são aqueles que apresentam um risco inerente à sua própria qualidade ou modo de funcionamento. A sua periculosidade é natural. Exemplo paradigmático é o da faca de cozinha, que, quanto mais afiada, mais útil se apresenta. Diferentemente, os produtos e serviços de periculosidade adquirida, são aqueles que se tornam perigosos em razão de um defeito de concepção técnica, de fabricação ou, até mesmo, de informação, colocando em risco a saúde e a segurança do consumidor." (SANSEVERINO, 2010, p. 140).

[16] Trata-se de caso concreto (processo n. 70028742997), julgado pela 5ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em processo envolvendo a fabricante do medicamento *Survector* (cuja substância ativa é o Cloridrato de Amineptina). *In*: www.tjrs.jus.br, acesso em abril de 2016.

[17] A Diretiva 85/374/CEE, de 25.07.1985 prevê, em seu art. 7º:

"O produtor não é responsável nos termos da presente Diretiva, se provar:

a) Que não colocou o produto em circulação;

b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;

c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objetivo econômico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional;

d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;

e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito,

f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto."

No entanto, a própria diretiva permite que cada país tenha regras próprias em relação ao tema.

Facchini Neto resume o panorama europeu, quanto à aceitação da diretiva: "Poucos países aproveitaram-se desta faculdade e realmente eliminaram a possibilidade do produtor afastar sua responsabilidade com base em tal defesa. Foi o caso de Luxemburgo e Finlândia, de forma genérica. Outros países acolheram a orientação da Diretiva, mas excepcionaram certas situações especiais, como é o caso da Espanha, no que diz respeito a medicamentos e comida (em que a responsabilidade pelos riscos de desenvolvimento se impõe), pela França, no que diz respeito a danos causados 'par um élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci", exceção essa que se aplica substancialmente aos hemoderivados (exceção introduzida no art. 1.386-12 do Código Civil). Também a Alemanha adotou a orientação da Diretiva, mas manteve uma exceção, já consagrada em seu ordenamento jurídico – a responsabilidade dos fabricantes de remédios pelos riscos de desenvolvimento, com base no §64 da Lei sobre medicamentos (*Gesetzzur Neuordnung des Artzneimittelrechts),* de 1976. A Inglaterra optou por manter a orientação originária, no sentido de afastar a responsabilidade por riscos de desenvolvimento, orientação essa que igualmente foi seguida pela Bélgica e pela Itália". (FACCHINI NETO, 2012. p. 100-101).

fabricação, formulação, etc., é quem tem a melhor condição de controlar a sua qualidade e segurança; (4) deve antever a possibilidade de defeito e acautelar-se quanto a isso, contratando seguro de responsabilidade civil e incorporando essa despesa ao seu custo de produção e preço de venda (PASQUALOTTO, s.d., p. 10).

Ademais, destaca-se que o CDC é um microssistema baseado na premissa de proteção ao consumidor (em última análise, o *duty of care*), e qualquer restrição nesse sentido seria contrária a esse fundamento. Internamente, o CDC prevê as hipóteses excludentes de responsabilidade em seus artigos 12, §3º, e 14, §3º, e esses artigos não preveem os riscos de desenvolvimento como causa de exoneração da responsabilidade do fornecedor, o que mais se reforça pelo teor do art. 931 do Código Civil (MIRAGEM, 2008, p. 291 e 292).

Não obstante isso, afirma-se que o rol de excludentes prevista no art. 14, §3º, do CDC não é exaustivo, pois o caso fortuito e a força maior também excluem a responsabilidade civil. Segundo BENJAMIN (1991, p. 67), a regra é no sentido de que o caso fortuito e a força maior atuam como excludentes da responsabilização por danos, apesar de o Código, não os mencionar entre as causas excludentes de responsabilidade, apesar de não negá-las, o que criaria uma situação de admissibilidade de admissão do caso fortuito e da força maior como elementos impeditivos do dever de indenizar.

Porém, no âmbito do CDC, é possível afirmar que o risco do desenvolvimento integraria um fortuito interno, e somente o fortuito externo seria capaz de excluir a responsabilidade do fornecedor[18], entendimento esse reforçado pelo teor do enunciado n. 43, da 1ª Jornada de Direito Civil (realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal), prevendo que a responsabilidade pelo fato do produto estatuída no art. 931 do Código Civil, "também inclui os riscos do desenvolvimento".

Assim, tratando-se de riscos de desenvolvimento, tal como nas atividades de risco, é visível que seu fundamento não está na apreciação da conduta do fornecedor, pois é de se supor que o fornecedor não quer colocar no mercado determinado produto defeituoso, mas, sim, a teoria tem como base a premissa de que o consumidor não pode sofrer consequências lesivas decorrentes de produto que utilizou com a confiança de que não seria contrário às justas expectativas nele depositadas.[19]

Na dicotomia *atividade empresária x saúde do consumidor*, pode-se afirmar que a saúde é contemplada como direito fundamental com maior expressão, e o dever de cuidado (*duty of care*), que permeia as relações de consumo, impõe a proteção ao consumidor.

Na Europa, houve uma opção legislativa por restringir a responsabilidade do fornecedor; no Brasil, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, exprimem que o risco do desenvolvimento não atua como elemento excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor. Se não se perquire culpa na responsabilidade do fornecedor, mais se acentua que há um risco inerente a sua atividade, que ele deve absorver.

---

[18] "O CDC não menciona força maior ou caso fortuito, a pressupor que o caso fortuito interno não é excludente". (MARQUES; BENJAMIN e MIRAGEM, Bruno. 2006, p. 319).

[19] Conforme o pensamento de TRIMARCHI (1961, p. 16), a consequência "financeira" do dano passa da vítima para quem é responsável por esse dano.

Ainda, conforme Lutzki, "a principal tarefa do Legislador é realizar o conteúdo dos direitos fundamentais de modo diferenciado e concretamente a fim de harmonizar proporcionalmente as posições fundamentais dos particulares, delimitando a liberdade de uns frente aos outros" (LUTZKI, 2012, p. 214), ou seja, diante de um conflito entre os interesses de uma indústria que produz um produto com um defeito não conhecido, e os interesses de um consumidor, cuja integridade deve ser preservada, necessariamente o interesse mais relevante, de preservação da vida, deve ser priorizado.

Nem se diga que há um interesse maior na realização e testes de novos produtos, que representam evoluções e que apresentam riscos ínsitos, pois os danos provenientes de tais riscos podem ser indenizados através da contratação de seguro de responsabilidade civil, medida satisfatória para atender aos anseios tantos dos fornecedores (de desenvolvimento), quanto dos consumidores (de preservação).

LA SALLE UNILASALLE CANOAS RS

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto demonstrou que o direito do consumidor tem uma trajetória histórica de rompimento de paradigmas, notadamente de paradigmas do direito civil vetusto. Um deles é a fragmentação da culpa, que reflete diretamente na responsabilidade por defeitos.

No estudo da responsabilidade por *defeito*, verificou-se que o conceito desse termo é fluido, como decorrência *natural* e *admissível* da sua classificação como *conceito jurídico indeterminado*.

Essa fluidez permite e requer que a análise da responsabilidade por defeito, no âmbito do Código brasileiro de Defesa do Consumidor, passe necessariamente pela interpretação conforme os princípios e valores informantes do texto constitucional, pois a Constituição federal brasileira define a vida como um valor jurídico, prevê que o Estado tem uma função de promoção da defesa do consumidor, bem como que a defesa do consumidor e promoção dos seus legítimos interesses é princípio norteador da ordem econômica.

Este texto desvelou o substrato axiológico da responsabilidade por defeito, que é o dever de cuidado (*duty of care*), caracterizado como um *dever jurídico*, que impõe a necessidade de cuidado e de proteção, o qual impõe uma imediata *sujeição* do fornecedor.

Esse dever de cuidado irradia efeitos no sistema de proteção do consumidor, pois ele traz o norte para o tracejo do limite e alcance da responsabilidade por defeito, servindo também como meio de interpretação na hipótese de dúvida, tal como ocorre na responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento.

Os defeitos de produtos ou serviços são aspectos indesejáveis e que geram consequências negativas aos legítimos interesses do consumidor. A partir do reconhecimento da existência e da incidência de um dever prévio de cuidado do fornecedor em relação ao consumidor, é possível construir e consolidar o atual sistema de responsabilidade por defeitos.

O reconhecimento do dever do fornecedor quanto ao cuidado e segurança do consumidor é fundamental para haver a efetivação dos seus direitos e interesses juridicamente legítimos, sobretudo relacionados a preservação de sua integridade psicofísica.

UNILASALLE CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. Il diritto dei consumatori. Roma: Laterza, 1995.

ALVIM, Eduardo P. Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 15, p. 132, Jul/1995.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

BERMINGHAM, Vera; BRENNAN, Carol. Tort Law Directions. 4a. ed. Oxford: Oxford University Press. 2014.

BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? Revista de direito do consumidor. V. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. Revista dos Tribunais, ano 95. Volume 854. Dezembro de 2006.

BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Org.). Ethique, droit et dignité de la personne. Paris: Economica, 1999.

BUCKLEY, William R.; OKRENT, Cathy J. Torts and Personal Injury Law. 3a. ed. New York: Delmar Learning, 2004.
CAHALI, Yussef Sahid. Verbete "Culpa". *In*: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, v. 22, 1977.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo código civil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 48, p. 69, Out./2003.

COMANDÉ, Giovanni. Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Torino: Giappichelli, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Elementos para uma ética constitucional: valores políticos e virtudes de cidadania. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC. N. 09. Jan./jun. 2007.

DOMINGO, Rafael. Confusionismo Jurídico, hoy. *In*: Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Universidad de Navarra. Vol. 30, 1994.

FACCHINI NETO, Eugênio. Inovação e responsabilidade civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). Direitos fundamentais, direito privado e inovação. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, P. 100-101.

GUIDINI, Gustavo. Prodotto difettoso. *In*: ALPA, Guido *et al*. La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Milano: Giuffrè, 1990.

HEIDEGGER, Martin. O ser e o tempo. Parte 1. Trad. por Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

LIMA, Alvino Ferreira. Da culpa ao risco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÓPEZ, Pablo López. La persona humana como mínimo e máximo. *In*: MURILLO, Ildefonso (Org.). Filosofía práctica y persona humana. Diálogo filosófico, Madrid, 2004.

LUTZKI, Daniela Courtes. A reparação de danos imateriais como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil – do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, vol. 45, p. 71, Jan/2003).

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 319.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291 e 292.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. “A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento”, *in:* VV.AA. Responsabilidade Civil. Edição Temática da Revista da AJURIS. Porto Alegre: La Salle, s/d., p. 10.

REICH, Warren Thomas. *Care. In*: POST, Stephen G. (editor). Encyclopedia of bioethics. V. I. 3a. ed. New York: Macmillan, 2004.

RUSH, Jon; OTTLEY, Michael. Business Law. Tomson, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, P.H. A tragédia da Talidomida e o advento da teratologia experimental. Revista Brasileira de Genética, v. 17, p. 449-64, 1994.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVATIER, René, Traité de la responsabilité civile en droit français. T.I. Paris: LGDJ, 1951.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 5, p. 255, Abr.2011.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Milano: Giuffrè, 1961.

VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Trad. por W. Roces. Tomo I. Madrid: Reus, 1934.

UNILASALLE CANOAS RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E RELAÇÕES PRIVADAS

CANOAS, 2016.

A VIDA DE PABLO ESCOBAR NA TV: O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A "NECESSIDADE" DE LEMBRAR

Clarissa Pereira Carello[1]
Maria Cláudia Cachapuz[2]

RESUMO: O artigo objetiva demonstrar a (im)possibilidade de esquecer pessoas e acontecimentos históricos por meio da análise de duas séries de televisão que retrataram a vida do traficante de drogas Pablo Escobar e de sua família. O intuito é o de avaliar, através de trechos de entrevistas concedidas por sucessores de Escobar, a medida da necessidade da lembrança e do esquecimento de circunstâncias históricas relevantes ao interesse público. Uma situação que tornou necessário, para a permanência de convívio social dos familiares, alterações de nome, residência entre outras situações fáticas para a preservação de esferas privada e pública de relacionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento. Relações privadas. Direitos da Personalidade. Divulgação de informações privadas.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente a vida de Pablo Escobar voltou às conversas informais e à mídia. Esse retorno se dá basicamente pela estreia, em agosto de 2015, da série *Narcos*, produzida pelo canal de entretenimento Netflix. Coube a um ator brasileiro dar vida a esse controverso personagem da história da Colômbia, seja por ter se tornado o maior narcotraficante do mundo em determinado período, seja pela trajetória identificada em relação às vítimas que fez ao longo de sua atuação no âmbito criminal. Os quarenta e quatro anos de Pablo Escobar são contados em dez episódios, filmados a partir da perspectiva de um agente do DEA (*Drug Enforcment Administration)*, departamento da polícia especial americana, enviado à Colômbia para combater o tráfico de drogas e, por conseguinte, para capturá-lo. Pelo limitado número de episódios, verifica-se a nítida ênfase dos autores em contar a história com o início das atividades ilegais do colombiano, formação de cartéis para exploração e comércio internacional de entorpecentes, seu envolvimento com a política e ações de terrorismo, até a sua morte.

Outra série que retratou a vida de Pablo foi produzida pela rede colombiana Caracol, em 2012, sendo reproduzida em diferentes países. Nesta série, a ascensão e queda de Escobar é narrada em setenta e quatro episódios, havendo, por conseguinte, mais possibilidade de demonstrar a vida do traficante, desde sua infância até sua morte em 1993. Ao longo dos episódios, detalhes acerca de seu perfil, vida pessoal, bem como de suas relações com o crime, política, inimigos e com a concepção de normatividade, garantem ao expectador o conhecimento e a lembrança das marcas que as ações de Pablo geraram.

A temática do direito ao esquecimento se insere a partir das séries sobreditas e de seu protagonista. Questiona-se quanto à possibilidade de observação de uma teoria referente ao direito ao esquecimento nas duas produções cinematográficas. Foi justamente a partir das respostas do filho de Pablo, o arquiteto Sebástian Marroquin, que colaborou no trabalho respondendo a questionamentos enviados por e-mail (pesquisa empírica), que a legitimidade de pleitear o que se esquecer/lembrar é

1 Advogada, professora universitária da UNIRITTER e IFRS/POA, mestranda em Direito e Sociedade (UNILASALLE), clarissacarello@hotmail.com
2 Magistrada do TJRS, professora universitária da UFRGS e Unilasalle, Doutora em Direito (UFRGS); mcmcachapuz@tj.rs.gov.br

considerado. Nas perguntas formuladas, a tônica foi o de avaliar o quê da história de Escobar deve – ou deveria – ser esquecido e o quê deveria ser lembrado. Refira-se que Sebástian é autor do livro, recentemente lançado no Brasil, intitulado "Pablo Escobar: meu pai. As histórias que não deveríamos saber", que contribui para referenciar aspectos da vida privada de Pablo e de sua família e a avaliar as possibilidades de contar ou recontar determinada história garantindo a proteção necessária àqueles que desejam "serem deixados em paz".

2 SOBRE PABLO ESCOBAR

Pablo Emilio Escobar Gaviria não nasceu em um ambiente criminoso. Muito pelo contrário. Filho de uma professora primária e de um agricultor teve uma infância e juventude simples, em Medellín. Sua incursão em práticas contrárias à lei iniciaram com a venda de diplomas falsos de conclusão do liceu, laranjas furtadas de comerciantes do bairro de La Paz que eram revendidas para outros comerciantes, dentre outras transgressões de menor caráter ofensivo (ESCOBAR, 2015, p. 110/111). Cursou Contabilidade, mas não chegou a concluir o primeiro semestre, pois entendia que precisava alcançar melhores possibilidades econômicas, acreditando que ganharia mais dinheiro se, desde logo, dedicasse-se à atividade ilícita. Na companhia do primo Gustavo Gaviria iniciou-se na atividade criminal pelo roubo de caminhão carregado de produtos de higiene, comercializando os produtos e, com o lucro, iniciando a aquisição de patrimônio próprio.

A atividade ilícita passou a ser incentivada quando adquiridos os primeiros bens patrimoniais a permitirem o desenvolvimento e crescimento da atividade no âmbito criminal. A partir da aquisição de uma motocicleta começou a desenvolver outro comércio: a venda de lápides para túmulos em cemitérios. Mas, como na vida de Pablo nada era tão singelo, descobriu com seu primo que poderiam vender os lápides e depois furtá-las e revendê-las para outras famílias (ESCOBAR, 2015, p. 115). Depois das lapides, passaram a furtar bilheterias de cinemas, paralelamente ao furto de veículos, o que lhes garantia popularidade entre as jovens do bairro de La Paz e inequívoca melhora econômica (ESCOBAR, 2015, p. 117/118). Em 1973, Pablo conheceu Victoria Eugenia Henao Vallejo, que tinha treze anos na época. Foi com ela que ele casou e teve dois filhos, Juan Pablo e Juana Manuela.

As drogas foram incorporadas aos negócios escusos de Pablo em 1975. No ano anterior, teve uma passagem pela prisão de La Ladera em virtude do furto de um veículo. Lá, conheceu Alberto Rieto, que ganhava a vida contrabandeando uísque, cigarros, eletrodomésticos e outros produtos para revender em Medellín. Alberto foi apelidado de "O Padrinho". Foram dele os caminhões carregados de contrabando que Pablo e Gustavo escoltavam até o destino final. Nesta época, também iniciou-se na prática de crimes contra a vida, empreendendo contatos, tanto na política, como na polícia, para que os negócios tivessem sucesso (ESCOBAR, 2015, p. 121/122).

A partir desses contatos, Pablo descobriu como ocorria a produção de cocaína no país e os locais de seu processamento. Com Gustavo, Pablo partiu de carro até a cidade de Guayaquil, no Equador, e lá adquiriram cinco quilos de pasta de cocaína. Dessa quantidade de pasta, foi possível produzir um quilo de cocaína, vendida por seis mil dólares. Esse foi o primeiro envolvimento de Pablo com a droga. Uma atitude decisiva para abandonar as outras atividades ilícitas com as quais se envolvia (ESCOBAR, 2015, p. 123).

Em 1976, Pablo restou detido após uma emboscada promovida pela polícia. Foi justamente essa prisão que rendeu uma das fotos mais conhecidas de Pablo, em que aparece com uma numeração de identificação e sorrindo. A imagem é a mesma que passa a atormentar Pablo alguns anos depois.

Mesmo com seus negócios ilícitos prosperando, Pablo envolveu-se na política. Inicialmente fazia ações assistenciais nos bairros mais carentes de Medellín, distribuindo presentes e promovendo festas e campeonatos de futebol para os jovens. Era bastante acolhido nesses locais, passando a nutrir o desejo de assumir uma carreira política. Em 1979, assumiu uma vaga na Câmara Municipal de Evigado.

Como vereador, compareceu a apenas duas sessões, cedendo seu lugar para outro suplente (ESCOBAR, 2015, p. 219/220).

Em 1981, Pablo aceitou ser o primeiro suplente na lista candidatos para a Câmara dos Deputados do partido denominado Movimento de Renovação Liberal (MRL). Dada a posição política desenvolvida, Pablo passou a fazer discursos e campanhas nos bairros periféricos de Medellín e nos municípios lindeiros (ESCOBAR, 2015, p. 222/223). Foi durante a campanha política que Pablo viu como evidente a repulsa de outros candidatos, mesmo por parte daqueles em que ele acreditava e inicialmente apoiava, como Luis Carlos Galán. Graças ao apoio das estruturas sociais e políticas criadas por outros narcotraficantes, sagrou-se vitorioso em março de 1982 e, em 20 de julho do mesmo ano, tomou posse como deputado. No ano seguinte, Pablo passou a ter embates com outros políticos, sendo que a ausência de explicações convincentes sobre a origem de sua fortuna foi criando-lhe maiores problemas.

O jornal "El Espectador", em 25 de agosto de 1983, publicou, na capa, a imagem de Pablo sorridente em sua foto feita pela polícia quando o prendeu em 1976. Essa "lembrança" fez as expectativas e a trajetória de vida na atividade ilícita serem alteradas ao político. A partir de então, não foram apenas os inimigos relacionados ao tráfico que Pablo eliminaria de seu caminho, mas também políticos, juízes, militares e civis passaram a ser seu alvo. A motivação principal era pressionar o governo para que não houvesse a extradição de narcotraficantes colombianos para os Estados Unidos, em virtude de um tratado anteriormente firmado. Ele acreditava que, estando no âmbito político, conseguiria alterar legislativamente a definição jurídica existiria. A partir de então, a reputação de Pablo sofreu forte abalo e, em janeiro de 1984, afastou-se da vida pública (ESCOBAR, 2015, p. 238/245).

3 "QUEM NÃO CONHECE A SUA HISTÓRIA ESTÁ CONDENADO A REPETI-LA"

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Provavelmente o que se sabe de Escobar esteja mais ligado ao seu momento após a incursão na política. O assassinato de inúmeros policiais, a perseguição e morte de juízes e políticos, permeado por atentados que vitimaram milhares de pessoas que em nada se relacionavam com o tráfico de drogas, são as cicatrizes que a ascensão e a queda do traficante deixou. Tanto na série "Narcos", como em "Pablo Escobar: O senhor do tráfico", diversas cenas demonstram as confabulações realizadas pelo traficante para dar fim à vida de seus inimigos ou para resolver suas dificuldades com a lei ou com aqueles que exigiam o seu cumprimento. No livro escrito por seu filho, também há extensa narrativa de como era o cotidiano de Pablo. O final de sua história é sabido, e a mensagem de que o crime não compensa é apresentada em todas as obras. Tanto é assim que, em "Narcos", não há episódio para tratar especificamente dos momentos finais do narcotraficante. De certa forma, esse pensamento é verdadeiro, mas a tônica dada na outra série, produzia na Colômbia, retrata e reproduz a cena em que Pablo é encurralado e morto em sua fuga por telhados de Medellín. Em cada episódio, a frase que é reproduzida logo no início é a de que "quem não conhece a sua história está condenado a repeti-la", o que transparece uma mensagem clara de que o legado de antijuridicidade das atividades desenvolvidas por Pablo Escobar não poderia ser esquecido.

O direito ao esquecimento surge como uma forma garantir o anonimato, de que as pessoas sejam "deixadas em paz" e que não sejam confrontadas com situações ou informações a seu respeito que não trazem relevância. Sob o ponto de vista histórico, tem suas origens em na década de 1930, quando uma ex-prostituta vê fatos de sua vida pregressa serem contados em um filme, sem a sua autorização. Seu nome verdadeiro e imagem são expostas e, na "vida nova" que levava a repercussão de ver sua imagem e nome associados à película geraram prejuízos (RIBEIRO, 2003, p. 45). A Corte Americana lhe

assegura, nos termos da legislação local, o direito à felicidade, mas não a possibilidade de reescrever aquilo que efetivamente aconteceu[3].

A expressão "direito ao esquecimento" é utilizada na década de 70, pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao julgar o denominado "Caso Lebach". O pleito de ser "esquecido" foi formulado por um dos envolvidos no assassinato de soldados que estava às vésperas de ser libertado após o cumprimento de sua pena. Naquele momento, porém, teve ciência que uma rede de televisão pretendia veicular um documentário que retratava do crime ocorrido em Lebach, mostrando a sua imagem e seu nome ao longo da produção. A Corte entendeu que permitir a transmissão do documentário traria prejuízos ao requerente e impediria sua ressocialização, trazendo à tona fatos que já não tinham relevância tendo em vista o transcuro do tempo entre o acontecido e a transmissão do programa (SCHWAB, 2005, p. 486/488). Mais recentemente, em 2013, um cidadão espanhol moveu uma ação contra o Google Espanha[4] em virtude de informações sobre fatos de sua vida pregressa que entendia não fazerem sentido ser demonstrados quando inserido seu nome no buscador. Tratava-se de um edital que foi publicado em um jornal no ano de 1998 anunciando a venda de imóvel de sua propriedade em hasta publica motivado por dívidas do requerente com o sistema de seguridade daquele país. O caso em comento foi julgado em grau recursal pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e, em 13 de maio de 2014, manifestou-se de forma a tutelar o direito ao esquecimento na internet, pois os "dados são considerados inadequados, não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido". Tal entendimento, fundamentado através da Diretiva 95/46, viabilizou que os cidadãos através do próprio site de busca notificassem a empresa para que efetuasse a retirada de informações pessoais que lhes parecesse inoportuna ou mesmo fora de propósito das indicações de buscas[5].

No Brasil, o tema do direito ao esquecimento ainda tem tímida repercussão. Todavia, dois julgados sobre a matéria, ambos da lavra do Ministro Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram publicados no ano de 2013. Os processos foram ajuizados em virtude da exibição no extinto programa da Rede Globo de Televisão chamado "Linha Direta", que tinha um seguimento especial denominado "Linha Direta Justiça", da imagem e nome de quem 'deseja' não ser mais lembrado. As demandas versavam sobre a possibilidade de retirar o caráter público de dados pretéritos, adentrando-se no mérito quanto à proteção da privacidade e da dignidade da pessoa humana[6][7]

UNIVASAF CAMPUS RS

---

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <http:// https://casetext.com/case/melvin-v-reid > Acesso em: 30 nov. 2015. – Originalmente: "From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are *291291 so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of "The Red Kimono", stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued"

4Tribunal de Justiça da União Europeia.Processo nº C-131/12 http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=esquecimento&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=421219, acesso em 22 maio 2016

5 UOL. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml, acesso em 21 maio. 2016.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br Acesso em: 20 maio 2016.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 20 maio 2016

Nesse prisma, deveria ser igualmente considerada a violação aos direitos da imagem e intimidade que a veiculação sem a autorização da pessoa pode causar à vítima ou a seus familiares e, em relação de oposição, a liberdade de informação arguida pela imprensa nos casos concretos. Refira-se que em ambos os crimes, os nomes, imagens e demais elementos que identificavam inequivocamente quem eram os envolvidos foram retratados ao longo da produção, trazendo novamente à lembrança das pessoas fatos que provavelmente não se lembravam mais. De acordo com o que assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária." (MENDES, 2008, p. 374)

O direito ao esquecimento possui singela regulamentação no Brasil, oriunda da VI Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 531, de março de 2013, que assim prevê:

> (...) A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (...)[8]

UNILASALLE CANOAS-RS

Conceitualmente o direito ao esquecimento pode ser definido como *"(...) um direito à intimidade sobre fatos passados. (...)"* (RIBEIRO, 2003, p.45), ou seja, a possibilidade de se resguardar do público aquilo que intimamente compreende-se como privado. O direito ao esquecimento também pode ser compreendido como a memória de algo passado que repercute no tempo presente. Essa repercussão pode ser em decorrência quanto a forma como uma imagem, um escrito ou um áudio hoje captados possam repercutir no futuro, busca-se assim que o poder Judiciário tutele os direitos à privacidade e intimidade. O esquecimento pode ainda ser, assim, conceituado:

> O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal – temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído." (OST, 2005, p. 160/161)

Para Sebastián Zárate Rojas a definição de direito ao esquecimento pode ser compreendida *"como um derecho de caducidad de información personal, por el transcurso del tiempo o por haber cesado em cumplir com su finalidade"* (ROJAS, 2013, p. 2). Ainda, o direito ao esquecimento para a doutrina brasileira divide o direito ao esquecimento em quatro espécies, nos seguintes termos:

> O primeiro consiste em notícias verídicas sobre condutas que, se na época dos fatos não eram reprováveis, assim se tornaram posteriormente. (...) O segundo tipo consiste

8 BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br> Acesso em: 20 maio 2016.

> em notícias verídicas sobre delitos provados. Aqui, não se pode deixar de ponderar que, ainda que sejam verdadeiras, podem causar problemas à reinserção do indivíduo que cometeu o delito na sociedade após o cumprimento da pena. O terceiro tipo está relacionado às notícias verídicas, porém incompletas, seja por falta de contexto, seja pela ausência de todos os dados pertinentes ao tema. Exemplo desta hipótese é a notícia sobre o individuo que foi réu em um processo, mas não se comenta que ele tenha sido ao final absolvido. Por fim, o quarto tipo diz respeito à notícia falsa, que não chegou a ser corrigida no tempo em que foi publicada, e propaga-se com seu conteúdo danoso. (FLORÊNCIO, 2011, 215/216)

Não se trata, portanto, de um novo direito, mas sim de uma das vertentes do direito à privacidade. Através dos precedentes sobreditos, verifica-se que prevalece o interesse individual, garantindo-se a tutela da privacidade. Todavia, quando se está diante de um fato, pessoa ou circunstância que possui interesse ou relevo sob o ponto de vista social, histórico ou cultural, o direito ao esquecimento teria o mesmo sentido e valor?

Para Gustavo Carvalho Chehab:

> Como regra, o interesse histórico prepondera sobre o esquecimento. Há, nesse caso, um interesse público mais relevante do que o direito individual ao esquecimento. A sociedade tem o direito (e, porque não, o dever) em preservar sua história. A História auxilia a humanidade a compreender seus erros, superá-los e não os repetir. Ela é a lupa que nos faz descobrir quem somos, de onde viemos e para onde vamos. É o elo indissolúvel que liga passado, presente e futuro. (CHEHAB, 2015, p. 95/96)

Se pensarmos na história de Pablo Escobar, especialmente após sua ascensão no mundo do narcotráfico, estaríamos diante de uma pessoa que não poderia ser esquecida, sendo difícil pensar em uma maneira de contar a sua história sem falar dele mesmo, sem citar o seu nome ou mesmo projetar a sua imagem real em determinados momentos. Todavia, aqueles que o cercavam e, em especial a sua família, aqui compreendida na pessoa da sua esposa e filhos, não deveriam sofrer a mesma exposição, pois não é a história deles que efetivamente interessa.

Para Sebástian Marroquin, a história de seu pai não pode ser esquecida, mas que deve ser contada com responsabilidade e sem fazer apologias, pois esquecê-la poderia ensejar que outras pessoas caíssem na mesma armadilha que seu pai[9]. Lembrar a trajetória de Escobar é também uma forma de compreender que "tudo" pode falhar, que mesmo sendo um dos homens mais ricos do mundo na época não lhe garantia a mínima qualidade de vida e de convivência com seus familiares. A necessidade de viver escondido, de não poder circular livremente o fizeram um prisioneiro de suas escolhas, e também submeteu àqueles que o cercavam a ter uma vida de restrições, mesmo com tanta abundância financeira. Seus filhos tiveram poucos amigos e não puderam frequentar a escola regular, pois eram discriminados pelos colegas. Raras vezes puderam viajar em família ou mesmo permanecer sozinhos, sem a presença de seguranças que faziam todo o tipo de trabalho para o "patrão" (ESCOBAR, 2015, p. 315/334).

De acordo com François Ost (2005, pág. 160), todos *"temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído"*. Por meio do livro escrito pelo filho de Pablo Escobar e pelas perguntas por ele respondidas, pode se deduzir o quão difícil é ter sua vida retratada por outras pessoas sem poder sequer intervir. Nas séries mais recentes que mostram a vida de Pablo e também de seus familiares, é possível verificar que os autores tiveram o "cuidado" de trocar os nomes das pessoas que cercavam, todavia, essa medida não serviu para garantir-lhes a proteção à privacidade.

---

9 Originalmente: 1) ¿ crees que la trayectoria de su padre se debe olvidar? Creo que su historia se debe contar con responsabilidad sin hacer apología. Olvidarla sería un riesgo y favorecería que otros caigan en esa tentadora trampa. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

UNILASALLE-RS CANOAS-RS

Segundo Sebástian, mesmo com a alteração de nomes o direito ao esquecimento não é respeitado, especialmente porque estão mentindo sobre a vida daqueles que estão representando nas séries e tal fato agrava o sentimento/desejo de proteção aos direitos da personalidade dos envolvidos[10]. Pode-se pensar que por ser a história de Pablo Escobar conhecida por grande parte das pessoas a ela não se poderia estender a proteção aos direitos da personalidade, porém esse entendimento é equivocado. Em que pese a lembrança de fatos históricos ou de relevância deva ser transmitida entre as gerações, a preservação da intimidade e daquilo que não tem relevância deve ocorrer.

Na obra "A condição humana", Hanna Arendt aduz que a separação do que é público e do que é privado é uma referência primitiva, oriunda do pensamento grego, aliada a ideia de que os homens se submetem a duas ordens de existência, uma atrelada aquilo que lhe é próprio e outra daquilo que é comum (ARENDT, 2000). A vida dos familiares de Escobar estaria dentro do conceito do que é próprio e não do que é comum, merecendo assim tutela especifica para a proteção da privacidade.

> Assim, na sua forma mais ampla, o direito à vida privada, na origem caracterizar-se-ia como um direito de 'estar só', de não ser incomodado por quem quer que seja, tanto em relação às coisas concernentes à intimidade do indivíduo como àquelas relacionadas ao que não seria interesse público. " (CACHAPUZ, 2006, pág. 77 – 78).

Mesmo havendo laços de consanguinidade com Escobar a seus familiares deveriam se estender o direito ao esquecimento. Segundo informado por Sebástian sua irmã mantém uma postura muito discreta, não havendo muitas informações sobre ela disponível na internet ou mesmo imagens sua. Para ele, a postura adotada por Manuela deve ser respeitada, porém esse modo de agir não afasta o interesse das pessoas a seu respeito. Aduz que as buscas por informações de Manuela superam as que são realizadas em nome de seu pai. Para ele essa postura discreta parece aguçar o interesse de maiores dados a seu respeito[11].

Nesse aspecto, oportuno destacar a relevância da análise da privacidade, substancialmente a *"identificação de uma situação de violação à vida privada, porque atinge o indivíduo na liberdade subjetiva de manter-se reservado, ou seja, de 'estar só' com suas ações"* (CACHAPUZ, 2006, p. 132/133). Se avaliarmos na perspectiva do direito ao esquecimento e da privacidade que deve ser tutelada, um direito personalíssimo – e, por conseguinte, também um direito fundamental – sofre violação, pois é na individualidade de cada sujeito que há essa repercussão. Sobre esse ponto, esclarece a autora:

> Impõe-se, portanto, um exame especifico de construção de esferas ao público e ao privado, na busca de estabelecer um espaço próprio ao reconhecimento de uma tutela à intimidade e à vida privada. Ou seja, identificar um efetivo direito de proteção à privacidade, a partir do reconhecimento da existência de direitos fundamentais do indivíduo a essa tutela, sem prejuízo à identificação paralela de outras liberdades e posições jurídicas que concorram em mesma importância no cenário jurídico. " (CACHAPUZ, 2006, pág. 98).

---

10 Originalmente: 4) ¿Considera que la serie que representa la vida / historia de su padre, no revelan los nombres reales de los miembros de la familia y colaboradores, conserva los derechos de la personalidad y, en particular, ha permitido el ' derecho al olvido '? Todo lo contrario. No respetan ese derecho ni se molestaron en preguntar. Nos representan actores que mienten sobre nuestras vidas, lo que se convierte en un agravante. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

11 Originalmente:) Acerca de su hermana, ella mantiene un perfil bajo y muy poco se sabe sobre él , creo que se podría lograr el derecho al olvido ? El bajo perfil genera un efecto contrario. Estadísticamente su nombre es más buscado que el de mi padre en Internet. Pero es un derecho que hay que respetar. Trechos de entrevista concedida por e-mail em 04 abr. 2016.

Para Patrícia Peck Pinheiro:

> Na era da Informação, o poder está nas mãos do indivíduo, mas precisa ser utilizado de modo ético e legal, sob pena de no exercício de alguns direitos estar-se infringindo outros e isto não é tolerável em um ordenamento jurídico equilibrado. Nesse sentido, a tecnologia pode ser sim a solução para harmonizar as diversas forças sociais, ou então se tornar seu principal inimigo, causando estragos irreparáveis." (PINHEIRO, 2013, p. 86)

Nesse aspecto é oportuna a análise das limitações à liberdade de informação, bem como dos direitos da personalidade, pois ambos se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana. Na lição do jurista Ingo W. Sarlet:

> (...)Embora não exista, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (bastaria recordar que a inserção da dignidade no direito constitucional positivo é fenômeno bem mais recente, em contraste com o reconhecimento das direitos humanos e fundamentais), na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável- embora não exclusiva!- vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos." (SARLET, 2011, p. 561/562)

Sobre esse ponto, oportuno consignar a lição de Norberto Bobbio, sobre direitos humanos e sua mutabilidade:

> os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, 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, 1992, p. 05)

Nesse ponto, forçoso lembrar que o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos também reconhece a dignidade da pessoa humana e, no caso do direito ao esquecimento relaciona-se em virtude das escolhas que os indivíduos fazem em suas vidas. Não é viável que aqueles que optam por não terem seus dados e imagem amplamente veiculados na mídia e internet sejam expostos sem autorização, que é justamente o que ocorre com a família de Escobar, em especial sua filha, Manuela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa realizada, foi possível constatar que as séries de televisão que pretensamente retrataram a vida pública e privada de Pablo Escobar e de seus familiares, mesmo adotando dados de identificação diferentes dos nomes originais, podem ter ocasionado violação específica de alguns aspectos da personalidade individual dos familiares ali retratados, em razão da repercussão e do conteúdo de informação veiculada. Através das respostas fornecidas pelo filho de Pablo Escobar, Sebástian Marroquin, no momento em que as séries são produzidas e retratam a historia que ele fez parte sem sequer ouvi-lo, as consequências são desastrosas, pois em determinados aspectos não condizem com a realidade que ele viveu.

O direito ao esquecimento, em que pese seja uma das possibilidades de ser invocada por aqueles que de uma forma ou outra sentem-se incomodados com a veiculação de dados a seu respeito, seja em sites, mídia impressa ou televisionada, nem sempre é viável quando se está diante de um fato considerado histórico. A trajetória de Escobar desperta interesse, seja por suas excentricidades, por suas

práticas delitivas, ascensão e queda ou, como referiu seu filho, "para que não seja feita apologia", pois pode, a primeira vista, ser uma vida sedutora, mas com consequências devastadoras para o "protagonista" e aqueles que o cercam.

Compreender o direito ao esquecimento como um desejo de não permitir que informações sejam perpetuadas pela mídia, através de todas as possibilidades modernas de comunicação é apequenar essa tutela. Muito mais do que o desejo de ver dados e informações que não possuem relevância ou interesse coletivo retiradas do alcance de "todos" é garantir àqueles que efetivamente interessam tais informações preservação de sua imagem e identidade. Preservação de sua história e origens, pode-se considerar que o direito de esquecer também tenha relação com o direito de amar em paz e de permitir uma memória livre de máculas que o excesso de informações – inclusive infundadas – pode gerar.

Na leitura da obra de Sebastián, em que pese constem críticas severas às escolhas feitas por seu pai, também é um relato de amor ao pai que teve, seja reproduzindo as cartas que recebia de Pablo em períodos de exílio e de reclusão ou mesmo pelos presentes e conselhos politicamente incorretos que recebeu enquanto conviveram.

Talvez a dor do filho seja justamente não enxergar nas séries produzidas o pai que teve nos momentos privados, da intimidade - mesmo que precária - da família. As produções de tevê, por questões óbvias, acabam tendo um enfoque maior nas características de Escobar como o grande chefe do Cartel de Medellín, capaz de matar inimigos, patrocinar invasões na Corte de Justiça, sequestrar pessoas, enfim, praticar barbáries em prol de seus interesses particulares, como não ser extraditado aos Estados Unidos ou ter seus pares de narcotráfico financiando suas investidas contra aqueles que de alguma forma obstaculizavam o seu caminho.

Mesmo com o transcurso de mais de vinte anos da morte de Pablo, percebe-se que o tempo permanece como o grande elo entre a memória daquilo que passou, o presente e como desfrutá-lo e, por consequência, também liga-se ao futuro. As lições das desventuras de Escobar demonstram que não se pode esquecer sua vida justamente para que não se idolatre ou pretenda ser ou fazer o que ele fazia. A mensagem, como escreve Sebástian em todas as suas comunicações e no seu livro, deve ser de conhecer a história para que ela não faça novas vítimas e que consiga-se também, deixar uma mensagem de paz às pessoas.

UNILASALLE CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio. 2016.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br> Acesso em: 21 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br Acesso em: 20 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível

em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 20 maio 2016.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade de informação. Revista dos Tribunais. Ano 104, vol. 952. Fevereiro, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <http:// https://casetext.com/case/melvin-v-reid > Acesso em: 28 de junho 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais e direto privado. "In": CAMARGO, Mônica Ovinski; CUSTÓDIO, André Viana; Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares. Curitiba: Multidéia, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSA, Ana Flávia. THEOPHILO NETO, Núncio. THEOPHILO JÚNIOR, Roque. Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital – Estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar Neto. In, Direito ao Esquecimento na internet. FLORÊNCIO, Juliana Abrusio. São Paulo: Saraiva, 2011.

OST, François. O tempo do direito; tradução: Élcio Fernandes. Bauru. São Paulo: Edusc, 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Proteção da Privacidade. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROJAS, Sebastián Zárate. La problemática entre el derecho al ovido y la libertad de prensa. Nueva Época, n. 13, mar-mai., 2013. Disponível em http://www.derecom.com/numeros/pdf/zarate.pdf. Acesso em 26 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Beatriz Hening. et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.
Tribunal de Justiça da União Europeia. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf, acesso em 21 maio 2016.

UOL. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml, acesso em 21 maio 2016.

UNILASALLE CANOAS RS

RELEITURA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO: ENTRE FATOS E FETICHES

Darci Guimarães Ribeiro
Paulo Junior Trindade dos Santos
Raquel von Hohendorff

RESUMO: O Objetivo primordial é de fazer a releitura da teoria do fato Jurídico, pois está seguiu por muito tempo de episteme do Direito, e assim propõe-se tal releitura da teoria do fato jurídico. Haja vista, que tanto a Ciência Jurídica quanto a Sociedade que impulsiona as alterações do núcleo central do Direito pouco tem evoluído frente aos seus paradigmas. Observe-se, que direito é rítmo de vida, esta apresenta-se para a ciência como fatos e fetiches, s quais são fabricados, criando assim uma atmosfera jurídica ao Direito, ou melhor criam o mundo jurídico. Assim, visa-se demonstrar que essa epistemologia formativa do direito não segue uma adequada orientação para a sociedade e para o direito. Seguirá a metodologia Dialética, pois far-se-á um estudo de obras em que demonstrar de um lado o repouso do Direito em paradigmas epistêmicos clássicos e do outro as teorias mais evolucionistas do dirieto que observam a complexidade social. Portanto, a dialeticidade é algo que faz-se apaixonar pelo movimento em que apresenta. Tem como resultado amergencia que fica evidente de releitura dos paradigmas da Ciência do Direito. As conclusões se dão pela necessidade de uma profunda reconstrução do Direito, pois como sistema que é deve ser revisto seus paradigmas formativos frente às mudanças evolucionistas da sociedade que à cada dia que passa demonstra-se mais complexa.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Fato Jurídico. Construção. Fatos. Fetiches.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Releitura da Teoria do Fato Jurídico será feita junto à racionalidade que é construída junto à epistemologia do conhecimento cientifico pelos fatos e fetiches, os quais se aproximam pelos seus pressupostos base na construção de suas formulações científicas.

Diante de tantas evoluções Científicas, propõe-se desconstruir as formulações até então vistas como paradigmas da teoria do fato jurídico que posta pelas teorias *hecho imponible, tatsbend* e *fattispecie*.

A releitura da teoria do fato jurídico tende como uma nova forma de se visiualizar todas as evoluções engenhadas pelas dinâmicas dos fatos sociais, fenomenos esses que demonstrar grande alterações para com as relações sócias que vem a formular o direito, assim, deve-se superar a estática impregnada no Direito pelo paradigma cientifico cartesiano-mecanicista, que apregoa-se a uma construção de fatos e fetiches.

A Teoria do Fato Jurídico fundou-se em uma racionalidade que é pura dedução (MIRANDA, 1972a. p. 207-208.), influenciada puramente pelo paradigma cientifico cartesiano-mecanicista, pois, evoluindo vê-se na atualidade uma racionalidade científica, a qual funda-se em uma ciência que visa a indução. Haja vista, que "a ciência pode fazer mais do que fez a atividade (empirismo) e a inteligência sem método positivo (racionalismo)." (MIRANDA, 1972b. p.342.)[1] "Não é com o sentimento, nem com

1"*Indução e Dedução*. A indução é fecunda: ao passo que a dedução dá explicação completa, porém não ministra nenhum conhecimento novo da realidade. O instrumento com que há de operar o cientista será a indução baoniana, empírico-realista, o que não impede a utilização em formas sucessivamente mais simples, a fim de melhor explicar o fato complexo. Quando analisamos os corpos, ou recompomos forçar, ou procuramos elementos simples para a economia pura, ou acomodações em conjunto, bi-ou tridimensionais, que nos esclareçam o complicado mecanismo da adaptação social, - preparamos o material, os fatos, de que vamos

o raciocínio puro, que deve trabalhar o cientista do direito, o que se lhe exige é raciocinar, analiticamente, e induzir, segundo o método cientifico." (MIRANDA, 1972a. p. 210.)

A teoria do fato jurídico muito tem a propiciar ao Direito uma formulação que lhes seja adequada, e assim propiciar um mundo jurídico que venha a filtrar os fatos jurídicos dos fatos como meros acontecimentos.

2 TEORIA DO FATO JURÍDICO: ENTRE FETICHES E FATOS

A Teoria do Fato Jurídico nasce como uma proposta para a cisão do mundo dos fatos ou fenomênico ao mundo jurídico, que é depurado pela regra jurídica que se incide sobre o suporte fático: formando fato juridicizado – proposta essa construção arquetípica de mundo jurídico que veio a erigir-se pelo andar sob o monocromo e desértico solo amarelo da Codificação Civil – que se formula através de dogmas fabricados como fatos provindos de conhecimento, já de outro modo, produz o mundo jurídico pela sua ineficácia generatriz a impulsão pela construção de fetiches – que são fabricados e postos ao mundo como crenças e mitos – tais cresças e mitos, que encontram-se nos fenômenos da Descodificação, que este incide-se pela Jurisprudencialização do Direito, pelo Ativismo Judicial e pela Precedentização do Direito, e ainda tem-se o fenômeno da Recodificação, que ocorre pela multiplicação e ampliação dos Direitos Subjetivos e pela Constitucionalização do Direito Privado. (Ver: DIEZ-PICAZO, Luis.; LEON, Ponce de. p. 15 e MIRANDA, 1988. p. 21-22.)

Os fenômenos jurídicos (mundo inorgânico-artificial (MIRANDA, 1988. p.22-23.)) arrolados acima – estão presos ao andar sob o amarelo desértico (não observa de forma cognoscível o mundo orgânico, leia-se posorgânico (SIBILIA, 2005. p.115-117.)), que se impõe com a irrupção de uma profunda angustia, que é imposta pelo paradigma científico cartesiano-mecanicista. Haja vista, a Teoria do Fato Jurídico estabelecer-se junto as Codificações, que se dão pela construção limita a tal paradigma cientifico – que volta-se aos fatos fabricados pelo conhecimento. Arriscar-se, ainda rever a Teoria do Fato Jurídico, pela Descodificação e Recodificação, mas ambos são apregoados também ao paradigma cientifico da simplicidade – mas aqui corre o efeito da fetichização, que é fabricado como crença-mito. Ambos, fetiches e fatos não apresentam diferenças etimológicas e ontológicas quanto sua construção frente a racionalidade posta ao paradigma científico da simplicidade.

Tem-se como credo, que, as regras jurídicas, e as leis - são mais perfeitas e positivamente leis, na medida em que a atividade posta pelo paradigma cientifico clássico consegue utilizar, impor-se, ou, por vezes, enganar a função politica, isto é, na proporção em que participa da condensação ou criação leal e verdadeira. (MIRANDA, 1972c. p. 239-240 e MIRANDA, 2002. p. 102-103 e p.111-112.)

O mundo jurídico que lhe é conduzido pelas Leis que dogmatizam-se ao conjunto diacrônico funcional dados pela sistematização do Código Civil (MIRANDA, 2002. p.123-124.), usam-se as Leis (regras jurídicas) da sua centralidade dada pela simples depuração das leis colhidas na natureza (fatos e fetiches) e a sua proximidade com as leis matemáticas, assim apresentam relações estreitíssimas (lei da natureza e leis matemáticas) para com a passagem do mundos dos fatos ao mundo que lhes é jurídico – depura-se de tal modo o mundo jurídico pelos preceitos fundantes das matemáticas, que estas formaria parte das Leis. Sabe-se como Euclides deduziu de 5 (cinco) postulados e alguns axiomas toda a geometria, seus conceitos, suas figuras e seus teoremas. Outro tanto cabe essencialmente as grandes Leis das que parece deduzir tudo. (CHARPAK, 2004. p. 66-67 e 25.)

> *Que el hombre se ha ocupado larga y persistentemente de lograr alguna comprensión de los enormes diversos, a menudo intrincados y a veces amenazados sucesos del mundo de que le rodea lo muestra los múltiples mitos y metáforas que ha elaborado*

---

induzir, e nisto não há, ao contrário do que, na economia abstrata, pareceu KARL MENGER, processo essencialmente diferente da indução de BACON." (MIRANDA, 1972b. P. 230.)

> *en un esfuerzo por dar cuenda de la simple existencia del mundo y de sí mismo, de la vida y la muerte, de los movimientos de los cuerpos celestes, de la secuencia regular del día y la noche, del cambio de las estaciones, del trueno y el relámpago, de la luz del sol y de la lluvia. Algunas de estas ideas explicadas están basadas en concepciones antropomórficas de las fuerzas de la naturaleza, otras invocan poderes o agentes ocultos, otras, en fin, se refieren a planes inescrutables de Dios o al destino.* (HEMPEL, 2003. p. 76-77.)

As leis matemáticas e as leis da natureza (gera isso um conhecimento distorcido (STEVE, 2010. p.61.) talhado pelo encanto mágico do quadro (GADAMER, 1997. p.225-227.)), que assim racionalizam-se junto ao paradigma cientifico da simplicidade – em que este volta-se a elaboração da Teoria do Fato Jurídico – lhes dá um perfil trágico, que introduzo a ideia de imobilidade que introduz-se ao tempo, o seja uma degradação de ideia de tempo: um lugar de tempo móvel ao que está acostumado (pois acontece esse no mundo dos fatos – dada a complexidade social), encontra-se de pronto no tempo trágico, um tempo imóvel-estático (que apregoa-se ao mundo jurídico). (ROSSET, 2010. P. 18 e CARBONNIER, 2001. p. 12-13.)

Vale salientar pela analise ontológica a diferença "*não-existente*" entre "Fetiche e Fato" são palavras que compartilham uma mesma etimologia. O Fato é aquele que resulta a um tempo fabricado e não fabricado. Pois, também Fetiche é algo a um tempo fabricado e não fabricado. Não existe nenhum segredo nesta etimologia conjunta. Todo o mundo usa constante, explicita e obsessivamente: os cientistas em sua prática de laboratório e os adeptos aos diversos cultos fetichistas em seus rituais. Sem embargo, usa-se estas palavras depois de que o martelo tenha já as partido em dois: o Fetiche se há convertido em uma simples pedra vazia sobre, o qual se projeta erroneamente um significado; o Fato converteu-se em uma certeza absoluta que pode utilizar-se como um martelo para desfazer todos os espelhismos criados pelas crenças. Intentar-se-á agora colar-se-á os dois símbolos quebrados e reconstruir-se-á de novo o todo com o fim de recuperar ao menos os quatro quadrantes de nosso novo repertório. A circunstancia de que o Fato pode utilizar-se como um sólido martelo que é também algo fabricado, em laboratório. Através de uma larga e complexa negociação. Pode-se dizer que a adição da sua segunda metade, de sua história oculta, de seu passo pelo laboratório, seja algo que debilita o Fato? Sim, porque há deixado de ser sólido e compacto como um martelo. Não, porque agora se há voltado, por assim dizer, filiforme, mais frágil, mais complexo, densamente vascularizado e plenamente capaz de gerar a referencia circulante, a precisão e a realidade. Ainda pode utilizar-se, pois, não por um iconoclasta e não para fazer amigos uma crença. Se quer uma mão um tanto mais sutil para fazer esse quase-objeto, com ele, é preciso por também em marchar uma propaganda de ação um tanto diferente (LATEUR, 2001. P. 326-327.).

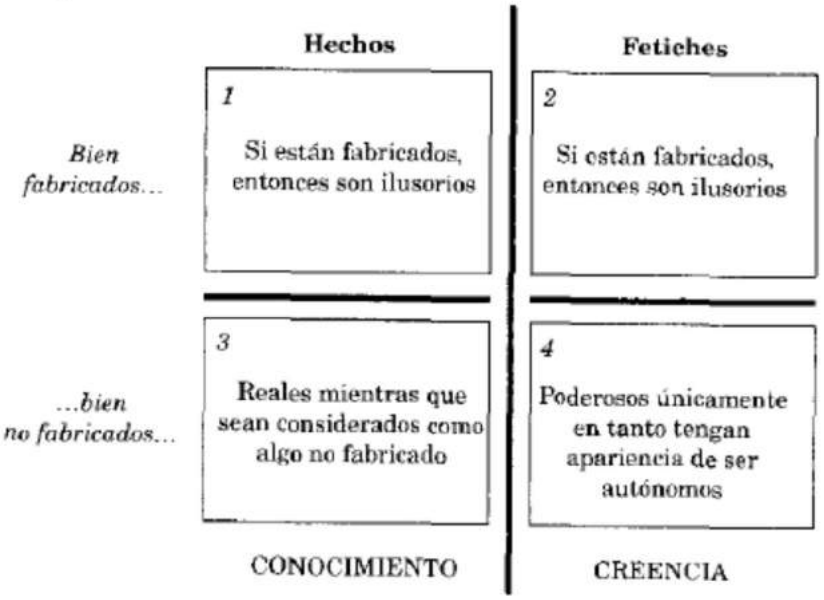
Contemporaneamente não se tem como centralidade o dogmatismo e nem a segurança dos clássicos, já que, se trata de arte, conhecimento ou ação. O pensamento atual oferece uma duplo caráter de "inconclusão e de ambiguidade", ambas impregnadas na textura mesma de nossa vida individual e coletiva - que se quer permitir falar de declinação ou decadência (MERLEAU-PONTY, 1948. P. 69-70 e 74.) do que fora construído pela racionalidade vincada ao paradigma científico clássico – que assim como a racionalidade em seus primeiros tempos é pura dedução-, mas a racionalidade supera seu núcleo central, e a mesma absorve para si a ciência – tornando-se assim a racionalidade cientifica forma de indução-, fazendo com que possa se falar em uma racionalidade cunhada pelo paradigma científico da complexidade. (MIRANDA, 1972d. P. 69-70.)

As atuas tendências jurídicas construídas por uma racionalidade que absorve-se junto a cientificidade perpassa de antemão os engodos positivistas e formais do Direito, assim a ciência é criadora: e, conquanto sirva mais à ordem social do que as formações teológicas, escolásticas e metafísicas e do que a própria tradição, - aparentemente é revolucionária: inventa, descobre, altera. E ainda, mostra um dos resultados da sífilis hereditária: onde o político vê a observância da ordem, o

UNILASALLE RS CANOAS-RS

sociólogo denuncia o terro da variação, resquícios de misticismo primitivo. O espírito de conservação é servido por forças de várias espécies, inclusive místicas. (MIRANDA, 1972b. P. 230.)

A junção nuclear-etimológica entre fatos e fetiches (cria tal fusão o *factiche* (LATEUR, 2001. P. 328-331.)) impõe uma visão do que possa ser invisível para a Ciência do Direito no que tange ao mundo jurídico, o qual é construído, sendo que, os círculos sociais dilatados acabam de exigir a adaptação social maior atenção, pois de seus fatos e fetiches geradores de suportes fáticos demonstram descompasso com a complexidade desnuda do mundo, que esta é produzida pelo que é orgânico e pósorgânco, vale salientar que a inteligência e a ciência procuram *atenuar* a condição animal e humana da invasão plural do mundo. (MIRANDA, 2005. P. 282-283.)



2

Evidente fica, que a Teoria do Fato Jurídico no que tange ao suporte fático apresenta em seu núcleo estimações valorativas que assim podem emergir de uma filosofia da consciência, pois om a aproximação entre fetiches e fatos, sendo ambos fabricados. De um lado: tem-se os fatos como produto fabricado (são ilusórios) por uma racionalidade constituída pelo paradigma cientifico cartesiano-mecanicista – volta-se ao conhecimento-científico. Já de outro lado: tem-se o fetiche que também é fabricado (são ilusórios) que se vinculam a crenças – essas crenças podem ser vistas como as estimas valorativas.

É sim - justamente no *suporte fático* que reside o engodo entre as contradições entre fatos e fetiches: já que ambos são fabricados, e ainda pela racionalidade posta pelo paradigma cientifico clássico que aproxima o conhecimento ao que é matematizante e ainda aproxima as crenças científicas que valoram-se em um mundo científico de achismos. O que é fabricado, aproxima-se no que se refere, que entre o fato (real), ou seja, o fato em si mesmo, e o suporte fático há o elemento valorativo que os qualifica direitos. Os simples eventos da natureza jamais entram na composição do suporte fático em sua simplicidade de fato puro. (MELLO, 1988. P.63.)

Corrobore-se ainda, que no fundo do fenômeno fabricado pelo fetiche, está a questão de autonomização formal da ciência e abstrata, a racionalidade dos meios, que se separou-se e independia

2"*En la división canónica que separa los hechos de los fetiche, cada una de las dos funciones separadas (el conocimiento y la creencia) puden ponerse de manifiesto mediante la pregunta: ¿Es algo fabricado o algo real? La pregunta implica que la fabricación y la autonomía son contradictorias.*" (LATEUR, Bruno, 2001. P. 327.)

criou da racionalidade material, dos fim, até o ponto de suplantá-la e subordiná-la. Esta premência atravessa a estrutura categorial de todas as ideologias politicas da modernidade e é a causa de suas derivações totalitárias, características do séculos XIX.[3]

Assim, Direito preexiste para que a norma incida sobre o suporte fático, que é o fato de conteúdo do mundo, e acoplando-se a regra jurídica ao suporte fático, o mesmo torna-se existente ao mundo jurídico, pois juridicizou-se. Fenômeno este complexos, e de Ciência Positiva do Direito[4], deixando de lado o que não-é-direito (ou melhor, o não-direito[5, 6]), o que está fora do direito, direito não é.

> *Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif . Ce n'est pas non plus le sousdroit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie d'infrajuridiques - ainsi, le droit folklorique, ou la coutume ouvrière – apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, une négativité, une absence caractéristique.*
> *Deux réflexions, à cet endroit, peuvent être proposées: l'une qui aggrave la difficulté de l' hypothèse, l'autre qui l'atténue quelque peu.*
> *La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le noncontentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à*

3"*En el fondo del fenómeno del fetichismo, está la cuestión de la autonomización de la racionalidad formal y abstracta, la racionalidad de los medios, que se ha separado e independizado de la racionalidad material, de los fines, hasta el punto de suplantarla y subordinarla. Esta preeminencia atraviesa la estructura categorial de todas las ideologías políticas de la modernidad y es la causa de sus derivaciones totalitarias, características del siglo XIX.*" (HINKELAMMENRT, 2012. P. 158.)

4Como faz-se a passagem do mundo ao mundo jurídico, assim explicita PONTES, que a: "*Incidência e Juridicização dos Suportes Fáticos*. Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos também, que o suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou, ainda, se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica, portanto, o fato de que dinama, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez diname, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceitualmente, tenha unidade. A oferta é fato jurídico: produz efeitos jurídicos. A aceitação também os produz, proque é fato jurídico. O contrato que delas surge é fato jurídico, com suporte fático, em correlação, dando ensejo, assim, à bilateralidade." (MIRANDA, 1970. p. 77.)

5O que se encontra fora do mundo jurídico, ou seja, pode ser visto como não Direito. No entanto, encontra-se o fragmento do que se exclui do mundo jurídico em PONTES, que faz alusão pela Teoria do Fato Jurídico, corroborando que: "Para que se de a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o suporte fático necessário exista. Se esse suporte fático não é suficiente, ou hán outra regra que atenda a essa insuficiência para a primeira regra tenha o fato como suficiente para ela, ou não há, e a regra jurídica deixa de incidir. Somente depois de se saber se a regra jurídica incidiu, é que se pode indagar da produção da eficácia jurídica: ainda quando simultâneas incidências e eficácia, aquela é *prius* lógico. A prova do suporte fático(e da sua suficiência) é, portanto, da maior importância. Tem-se, em princípio, de provar o acontecimento, ou o estado, seja positivo ou seja negativo. Logicamente, já se invocou e se mostrou qual a regra jurídica. Agora, invoca-se, prova-se o suporte fático, em que ela incidiu, incide ou vai incidir." (MIRANDA, 1970. p. 26.)

6A Teoria do Fato Jurídico, apresenta ainda, uma solução ousada para os fatos que vem a não compor o mundo jurídico, chama PONTES, de fenômeno das: "... *regras pré-juridicizantes* preocupam-se com a composição dos suportes fáticos como causadores de existência dos fatos jurídicos; *e de ordinário para dizerem que os suportes fáticos não bastam*: são, portanto, regras sobre não-existência dos fatos jurídicos, incidem sobre o que está composto, para repeli-lo do mundo jurídico. O que pode ser surpreendente para os que estão acostumados a ver somente a incidência das regras jurídicas, para judicizar suportes fáticos, é que essas são editadas !exatamente para um Non sufficit! A incidência marca, assim, no plano da existência, negativamente. Pois, é fato, a lei trata dele (portanto: incide sobre ele), porém não é fato jurídico, não entra no mundo jurídico. Mais tarde, quando já no plano da aplicação das leis, parece também estranho que o direito pré-processual e o processual contenha a pretensão à declaração da não-existencia da relação jurídica e a ação declaratória negativa. Tais fatos repelidos, antes da juridicização, são fora da categoria dos fatos jurídicos." (MIRANDA, 1970. p.75.)

> *l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux cette pathologie - est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux: elle a un sens beaucoup plus grave: c'est que l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit.*
> *La réflexion minimisante est que la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. Ce passage d'un ordre de différence à l'autre est légitime d'un point de vue sociologique, parce que, d'un tel point de vue, le droit qui est présent dans une catégorie de relations humaines peut être conçu comme une masse statistique, susceptible de plus ou de moins. Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique. La relativité ainsi introduite peut dissiper les tourments philosophiques que susciterait le concept d'un pur néant.* (CARBONNIER, 2001. p. 25-26.)

No entanto, a ciência não pode vir a opõe-se como obstáculo às novas proposições postos pelos fenômenos da vida social, pois, como os outros processos adaptáveis de contenção, nem favorece a mudança. Se, após certo hábito, a teoria científica consegue impor-se, o elemento travador que aí se insinua é de ordem subjetiva, do sábio (individual), ou social (transindividual, depositável nos indivíduos). Não corre por conta da ciência, mas da vida (fixação biológica) ou de outros processos de adaptação. Não diferente o que se passa quando as brisas da moda , ou dos vendavais econômicos e políticos lhe eriçam as camadas superficiais das teorias. São fatos estranhos a ela, à sua especificidade. (MIRANDA, 2005. p.283.)

Os elementos, orgânico e o posorganicos, são representados pelos fatos-fetiches, os quais representam o visível e o invisível das formas humanas estatuídas para com sua incidência confabular á leitura crítica da Teoria do Fato Jurídico que é o mundo jurídico pre-existente.

Fora do mundo jurídico – aparece o mundo orgânico-pósorgânico que se dá em decorrência deste mundo em que se anda em um "*nudo*" solo amarelo e desértico, apresenta-se o plural, ou seja, complexo, e continua pelas projeções complexas dos horizontes de cada uma das dimensões fundadas pela unidade da Ciência, fazendo com que esta utilize-se do paradigma científico da complexidade, que se utiliza o mesmo de horizontes nas mais diversas Ciências. Portanto, a elaboração de regras jurídicas, ou melhor, de normas do Direito é melhor compreendida e resulta quando a mesma se integra a este panorama de complexidades da juridicidade. Relevante será atender a complexidade do mundo em seus alcances, em sua dinâmica e em suas situações, para que assim se consiga formular uma Nova Racionalidade do Direito. (CALDANI, p.87-100.) De forma similar ao elaborado por *CALDANI o autor ponteano MARCOS BERNARDES DE MELLO* faz uma construção dos fenômenos jurídicos (ver: As dimensões do fenômeno jurídico; a) dimensão política; b) dimensão normativa; c) dimensão sociológica. In: (MELLO, 1988.)).

Rompe-se na contemporaneidade com a cisão feita por *PONTES* no que se refere a diferenciação entre empirismo, racionalidade e ciência, pois a ciência abarca todas em seu centro gravitacional, e o que é mais relevante, e que a racionalidade de que se fala não é outra coisa que a do exercício personalizado da atividade cognoscente, e em seu âmbito pode abarcar desde a mais pura ortodoxia científica e a mais peculiar forma de criação cientifica. (ANDRES, 2012. p. 93 e SOLIS, 1997. p. 13.)

A ciência na atualidade é um dos instrumentos da diminuição do despotismo; e, por sua vez, a impõe tangencial diminuição do despotismo, e assim torna possível e facilita a intervenção da ciência no trato dos problemas sócio-políticos. Ocorre de tal modo um aumento pela investigação científica (MIRANDA, 1972a. p. 239 e 242-243.), a qual, politizou-se até o ponto que já não se pode ver os objetivos da política nem os da ciência. (LATEUR, 2001. p.356.)

Na atualidade a produção científica do direito não apresentam grandes evoluções quanto sua elaboração e formulação, pois mantém racionalizando com base no paradigma científico cartesiano, este

ostracismo perpassa e invade em sua amplitude a formação de uma Teoria dos Fatos Jurídicos, e isso como alerta: estaciona sua racionalidade a partir do da decantação do mundo ao mundo jurídico pelo que possa se construir socialmente como *habitus*[7], que de tal maneira pode-se justificar a proximidade conceitual dada aos fetiches e fatos, os quais são fabricados junto a complexidade da vida-humana que é produto do conhecimento, e extra-humana que provém dos mitos e crenças.

Corrobore-se, que a própria técnica do direito se modifica. Toda lei, convertida em lei de ordem público tem de assumir um aspecto científico de uma regra jurídica necessária. (RIPERT, 1912. P. 28.)

A regra jurídica produz natural descompasso com o que passa a atribuir ao contemporaneamente ao Código Civil, esse pode não exprimir, exatamente, o que, no ano passado, exprimia: porque não diz ele o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras tentaram dizer. Toda codificação é o *pródromo* de um fracasso: pretende fixar, parar, fotografar, não no espaço, mas no tempo: e muda o próprio objeto, de modo que se há de olhar a realidade de hoje, que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a margem exata, e sim os traços quer indiquem a identidade. (MIRANDA, 1972d. P. 97-98.) Nadado que se cria é inteiramente novo. Será preciso levar em conta o direito atual para criar o de amanha. (RIPERT, 1947. p.56.) Pode-se extrair da analise, que, tanto pode produzir-se do fato o Código, quanto do fetiche.

Corrobore-se ainda, que no fundo do fenômeno fabricado pelo fetiche, está a questão de autonomização formal da ciência e abstrata, a racionalidade dos meisos, que se separou-se e independia criou da racionalidade material, dos fim, até o ponto de suplantá-la e subordiná-la. Esta premência atravessa a estrutura categorial de todas as ideologias politicas da modernidade e é a causa de suas derivações totalitárias, características do séculos XIX.[8]

A Teoria do Fato Jurídico como provém do período clássico da Ciência, diz-se que suas antigas elaborações conceituais surgem com a separação entre: "palavras e o mundo" (mudo jurídico

---

7"*El habitus, como sistema de disposiciones para la práctica, es un fundamento objetivo de conductas regulares, por lo tanto de la regularidad de las conductas, y, si se pueden prever las prácticas (aquí, la sanción asociada a una cierta transgresión), es porque el habitus hace que los agentes que están dotados de él se comporten de una cierta manera en ciertas circunstancias. Siendo así, esta tendencia a actuar de una manera regular que, cuando el principio está explícitamente constituido, puede servir de base a una previsión (equivalente culto de las anticipaciones prácticas de la experiencia ordinaria), no encuentra su principio en una regla o una ley explicita. Es lo que hace que las conductas engendradas por el habitus no tengan la hermosa regularidad de las conductas deducidas de un principio legislativo: el habitus tiene parte ligada con lo impreciso y lo vago. Espontaneidad que se afirma en la confrontación improvisada con situaciones sin cesar renovadas, obedece a una lógica práctica, la de lo impreciso, del más o menos, que define la relación ordinaria con el mundo. Esta parte de indeterminación, de apertura, de incertidumbre, es lo que hace que no pueda remitirse completamente a él en las situaciones críticas, peligrosas. Se puede enunciar como ley general que cuanto más peligrosa es la situación, más la práctica tiende a ser codificada. El grado de codificación varía como el grado de riesgo. Siendo así, en este caso se tendrá un grado muy alto de formalización de las práticas; habrá las fórmulas de cortesía más refinadas, los ritos más elaborados. Cuanto más grande sea la situación de violencia em estado potencial, cuanto más sea necesario imponer formas, más la conducta libremente confiada a las improvisaciones del habitus cederá el lugar a la conducta expresamente reglada por un ritual metódicamente instituido, hasta codificado. Basta pesar en el lenguaje diplomático e en las reglas protocolares que rigen precedencias y las conveniencias en las situaciones oficiales. Codificar, es a la vez poner en forma y poner formas. Hay una virtud propia de la forma. Y el dominio cultural es siempre un dominio de las formas. Es una de las razones que hacen que la etnología sea tan difícil: este dominio cultural no se adquiere en un día… Todos esos juegos con la regla del juego, e, por allí, dobles juegos, son la manera de ser de los virtuosos. Para pornerse en regla, es necesario conocer al dedillo la regla, los adversarios, el juego. Si fuera necesario proponer una definición transcultural de la excelencia, diaria que es el hecho de saber jugar con la regla del juego hasta los limites, hasta las transgresión, permaneciendo en regla.*" (BOURDIEU, 1987. p. 84-85.)

8"*En el fondo del fenómeno del fetichismo, está la cuestión de la autonomización de la racionalidad formal y abstracta, la racionalidad de los medios, que se ha separado e independizado de la racionalidad material, de los fines, hasta el punto de suplantarla y subordinarla. Esta preeminencia atraviesa la estructura categorial de todas las ideologías políticas de la modernidad y es la causa de sus derivaciones totalitarias, características del siglo XIX.*" (HINKELAMMENRT, 2012. P. 158.)

UNILASALLE ©ANDAS-RS

confeccionado pela Lei e o mundo produzido pelos fenômenos humanos plurais), e a partir deste dado momento intentaram construir uma minúscula passarela sobre o abismo, assim valendo-se de uma arriscada correspondência entre dois âmbitos ontológicos que consideravam totalmente distintos: a linguagem e a natureza. Haja vista, não existir correspondência nem separações, e nem sequer abstrações que usa-se para salvar o tempo.[9]

Por sua vez, os fatos-fetiches postos as funcionalidade organicas/pósorânicas podem "*... hacer que nazcan derechos, o sea entendidos como la causa productora de derechos, así adiequiriendose una acepción, una funcion eficiente o fuerza creadora de efectos juridicos. Se captan, aquí los hechos con suma amplitud, no solo los que pueden ser percibidos materialmente, sino tambien los sus aspectos psicologicos, y las fuerzas ocultas de las cosas, los procesos interiores del hombre.*"[10]

Concluí-se a cena desertica, apontando que há luz do céu que poderá consentir uma reestruturação do Direito, evidenciando assim uma criação constante que é impulsionada pelo progresso humano. (RIPERT, 1912. P. 20 e 25.)

3 CONCLUSÃO: DO ANACONISMO E OPACO [11, 12]

9"*¿Cómo pasa uno de la primera imagen a la segunda, de la ignorancia a la certidumbre, de la debilidad a la fuerza, de la inferioridad ante el mundo al dominio del mundo por los ojos humanos? Estas son las preguntas que me interesan, y las que me han hecho viajar tan lejos. No he venido a resolver, como tratan de hacer mis amigos, la dinámica de la transición selva-sabana, sino a describir el minúsculo gesto de un dedo apuntando hacia el referente del discurso. ¿Hablan del mundo las ciencias? Eso es lo que pretenden, y sin embargo el dedo de Edileusa señala un único punto codificado sobre una fotografía que sólo presenta un vago parecido, en ciertos rasgos, con figuras impresas en el mapa. En la mesa del restaurante estamos bastante lejos de la selva, pero Edileusa habla de ella con aplomo, como si la tuviera al alcance de la mano. Las ciencias no hablan del mundo sino que más bien construyen representaciones que parecen alejarlo siempre, aunque también lo aproximan hasta un primer plano. Mis amigos quieren descubrir si la selva avanza o retrocede, y yo quiero saber cómo es posible que las ciencias sean simultáneamente realistas y constructivistas, inmediatas e intermedias, seguras y frágiles, próximas y lejanas. ¿Tiene referente el discurso de la ciencia? ¿Cuando hablo de Boa Vista, a qué se refiere la palabra emitida? ¿Son diferentes la ciencia y la ficción? Y un interrogante más: ¿en qué difiere mi forma de hablar sobre este fotomontaje de la manera en que mis informantes hablan del suelo? Los laboratorios son lugares excelentes para comprender la producción de la certeza, y por este motivo disfruto tanto estudiándolos. Sin embargo, al igual que estos mapas, tienen el grave inconveniente de reposar sobre el infinito sedimento acumulado por otras disciplinas, instrumentos, lenguajes y prácticas. Uno ya no ve tartamudear a la ciencia, hacer sus primeras armas, crearse a sí misma de la nada en confrontación directa con el mundo. En el laboratorio hay siempre un universo preconstruido que es milagrosamente similar al de las ciencias. Por consiguiente, y dado que el mundo conocido y el mundo cognoscente actúan siempre en mutua sintonía, la referencia parece invariablemente una tautologia. Pero no sucede lo mismo en Boa Vista, o eso parece. Aquí la ciencia no casa bien con los garimperos y las blanquecinas aguas del río Branco. ¡Menuda suerte! Al acompañar a esta expedición seré capaz de seguir la pista de una disciplina relativamente pobre y débil que irá dando sus primeros pasos ante mis ojos, tal como podría haber estado observando los titubeos y vacilaciones de la geografía si, en otra época, hubiese recorrido Brasil tras Jussieu o Humboldt."* (LATEUR, 2001. p. 38-39 e 44-45.)

10Exemplo do aludido, se encontram no: "art. 896 del Codigo Civil habla de *"acontecimientos",* abarcando todas esas posibilidades. La definicion de esta norma, es la siguiente: *"Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones"."*(CIFUENTES, 1999. P. 257-258.)

11Tentar-se-á usar-se da fenomenologia da percepção para com uma leitura do que se impõe pela racionalidade vincada em um paradigma científico cartesiano-mecanicista, pelo atual e pujante paradigma científico da complexidade. Assim, seguindo, as reflexões dos seguintes autores: DIDI-HUBERMAN, 2014.; MERLEAU-PONTY, 1948.; MERLEAU-PONTY, 1945.; MERLEAU-PONTY, 1964.;

12Explica CATÃO, que a teoria dos jetos apresenta que da relação entre sujeito e objeto tem algo em comum, e assim deve-se revelar algo, e esse algo não pode ser objeto mesmo e nem sujeito isoladamente considerado. Procura-se com os jetos, construir uma teoria do conhecimento em que centra-se em uma objetividade, a qual não está sujeita as distorções criadas pelos objetos e subjetos, assim passa a existir em sua teoria dos jetos uma espécie de fenomenologia. (Ver: MIRANDA, 2005. p. 282-283.; e CATÃO, 2009. p. 32.)

O mundo jurídico acima exposto apresenta a visualidade de uma Ciência Jurídica (não evolutiva) que somente procura estabelecer ao homem certezas (daí o apego pela segurança jurídica), criando assim um lugar desertificado, esse é o lugar pelo qual se encontra a Ciência Jurídica, é nesse habitat que mora o paradigma racionalista cartesiano-mecanicista, busca-se o despovoar-se, e para isso, aprisiona-se a uma busca inútil, a qual, é suficientemente restringir-se disciplinarmente para que toda a fuga seja em vão. Pois, este caminhar é sem um fim, e assim, faz-se com que o tempo-espaço que lhe é imposto pelo caminhar esgota-se pela exaustão, andando de tal modo a Ciência sem qualquer traçado e-ou rota, tendo ela como mero objetivo de seu marchar não uma meta, mas sim um destino fechado em si mesmo. Portanto, a Ciência tem andado em círculos. O lugar pelo qual está essa marcha lenta é uma gigante ***monocromia***. É um deserto. Assim anda a Ciência do Direito no amarelo abrasador da arena, e o amarelo não tem limites para ela. Pois, anda no amarelo, e compreende que o mesmo horizonte, por mais nítido que pareça na *afastamento*, não lhes serve nunca de limite ou marco – sabe bem, agora que mais além do limite visível só há um mesmo lugar tórrido, que continua sempre idêntico e amarelo até o desespero desalentado. (DIDI-HUBERMAN, 2014. p. 15-21.)

Representando muito bem o acima alertado, PONTES aponta, que:

> Onde quer que se distribuam bens da vida, inclusive o que se ligam à própria pessoa, aí está o sistema jurídico. Quem diz ai está o sistema jurídico diz há elementos fáticos sobre os quais incidiu regra jurídica. Tal regra pode ser escrita; em ambos os casos, traz parte do sistema jurídico, *que é um cálculo lógico*. A cada momento surgem problemas que somente podem ser resolvidos se se obedece a indicações e raciocínios exatos. A incidência da regras jurídica é que torna jurídicos os bens da vida. Muitas vezes, o conjunto de fatos, o suporte fático , em que a regras jurídica incide. Ali, responde às perguntas - ? Há a regra jurídica e qual é?; aqui, a duas outras ?Quais os elementos que compõem o suporte fático; e qual a natureza de cada um deles? Tais questões são inconfundíveis com as da irradiação de efeitos dessa impressão da norma jurídica no suporte fático. Por onde se vê que não é admitir-se, em ciência, que se comece a exposição. A falar-se dos efeitos, da eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções), antes de se descrever como elementos do mundo fático penetram no mundo jurídico. O Direito dos nossos tempos, depois de se haver o homem libertado do direito do clã e da tribo, bem como do privatismo oligárquico da Idade Média, é baseado em que cada um tem campo de autonomia em que pode rumar, como entenda, a sua vida. Supõe-se e cada um aptidão biologia, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus. (MIRANDA, 1999. p. 21.)

Esse lugar desertificado da Ciência Jurídica que assim caminhava até as últimas décadas não é simples lugar, o qual, não havia nada em absoluto. No entanto, para conseguir a evidencia visual da ausência é necessário um mínimo de aliança simbólica ou de sua ficção (o que, de certo modo, vem-se a ser o mesmo). Para apresentar o ilimitado é necessário, pois, uma mínima arquitetura, é dizer, uma arte em suas linhas, de paredes e de bordas. Coisa que a Ciencia do Direito já vinha apresentando, e assim todo ele construiu-se com base em uma espécie dialética, de jogo, de encontro entre coisas contraditórias que se reuniram em seus limites, aonde condensaram e se descolar, e tudo ao mesmo tempo, ritmicamente. (DIDI-HUBERMAN, 2014. p. 67-69.)

No entanto, a Teoria do Fato Jurídico de *PONTES,* tem influência germânica da *Pandecticsta* em sua construção que estigmatiza-se pelo paradigma cientifico clássico, pois, o destino do solido de tal teoria na vida moderna: passa a desaparecer-disolver-se no ar. O dinamismo inato da cultura, que nasce da contemporaneidade orgânica e posorgânica, que aniquila todas as estruturas lógicas criadas – em ambientes físicos, instituições sociais, ideias metafísicas, visões artísticas, valores morais – a fim de criar mais, - de seguir cirando de novo o mundo infinitamente. Esta força renovada arrasa todos os indivíduos incrustrados na sociedade moderna em sua orbita, e obriga-os a abordar questões de que é

essencial, de que é significativo, de que é real na vórtice em que vivemos e nos movemos. (BERMAN, 1989. p. 302.)

Esta dinâmica social que impõe-se por um rápido cambio em nossa definição de ciência e de nossa definição de política, sendo suficiente para poder mostrar os numerosos caminhos que se abrem agora ante todos (LATEUR, 2001. p. 308.), mas de tais caminhos, não consiste aqui afirmar *a priori* que existe alguma relação entre ciência e a sociedade, já que a existência de tal conexão depende do que os atores tem feito o deixado de fazer para estabelece-la. Os estudos da ciência simplesmente proporcionam os meios para desvelar essa existência quando a mesma existir. (LATEUR, 2001. P. 33.)

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introdución y Parte General. 15ª ed.. Barcelona: Bosch, 2002.

BALLESTROS, Alberto Montoro. Relación Jurídica y Cambio Social. In: Revistas Científicas de la Universidad de Murcia. Anales de Derecho.

BERMAN, Marshall. Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad. Buenos Aires: Siglo Ventiuno, 1989.

BOURDIEU, Pierre. Cosas Dichas. Barcelona: Gedisa, 1987.

BUERES, Alberto J.. Hechos y Actos (o negócios) jurídicos. Aspectos Metodológicos y Conceptuales. In: Pensar en Derecho.

CALDANI, Migual Ángel Curio. La Elaboración de Normas Jurídicas (Una problemática especialmente compleja). In: Revista de Filosofia Juridica y Social.

CASSIER, Ernest. Filosofia de la Ilustracion. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda como Formalização da Decisão Judicial: a viabilidade da noção de verdade no Direito diante da pragmática wittgensteniana. Tese. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DIDI-HUBERMAN, Georges. El Hombre que Andaba en el Color. Madrid: Abada, 2014.
DIEZ-PICAZO, Luis.; LEON, Ponce de. Codificación, Descodificación y Recodificación. In: Themis 25.

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2013.

ELLUL, Jaques. La Edad de la Técnica. Páris: Octaedro, 1954.

GALGANO, Francesco. Istituzioni di Diritto Privato. 2ª ed.. Milani: Cedam, 2002.

GASTON, Bachelar. Psicoanalisis del Fuego. Madrid: Castilla, 1996.

HERBIG, Jost. La Evolución del Conocimiento. Del Pensamiento Mítico al Pensamiento Racional. Barcelona: Herder, 1997.

UNILASALLE CANOAS-RS

HINKELAMMENRT, Franz. Lo Indispensable es Inútil. Hacia una Espiritualidad de la Libertación. San José, Costa Rica: Editorial Arlekin, 2012.

LATEUR, Bruno. La Esperanza de Pandora. Ensaio sobre la Realidad de lso Estudiso de la Ciencia. Barcelona: Gedisa, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MERLEAU-PONTY, Maurice. El Mundo de la Percepción. Siete Conferencias. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MERLEAU-PONTY, Maurice. Le Visible et L´Invisible. Paris: Callimard, 1964.

MERLEAU-PONTY, Maurice. Phénoménologie de la Perception. Paris: Callimard, 1945.

MIRANDA, Pontes de. À Margem do Direito. Ensaio de Psicologia Jurídica. 1ª Ed.. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Introducção à Ciência Politica Scientifica. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

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

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

MIRANDA, Pontes. Fontes e Evolução do Direito Civil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes. O Problema Fundamental do Conhecimento. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Tomo I. Ação, Classificação e Eficácia. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 1988.

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

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed.. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

RIBEIRO, J. Dos Factos Jurídicos. Rio de Janeiro: Formulários Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923.

RIPERT, Georges. Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RUFINO, Annamaria; TEUBNER, Gunther. Il Diritto Possible. Funzioni e Prospettive del médium giuridico.

SABIGNY, M. F. C. de. Sistema del Derecho Romano. Tomo II. Madrid: Gongorna y Coompañia, 1878.

SATTA, Salvatore. Soliloqui e Colloqui di un Giurista: prefazione di Ferdinando Mazzarella. Nuoro: Ilisso, 2004.

SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Parte General. Vol. 3º. Hechos y Actos Jurídicos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privatto. 19ª ed.. Milano: Giffré, 2009.

UNILASALLE
CANOAS-RS

OS DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: O CASO DE *LITTLE ROCK*, O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O MARCO CIVIL DA INTERNET (BREVES APONTAMENTOS)

Alexsandro da Silva Linck

RESUMO: O presente trabalho analisa os direitos à intimidade e à vida privada mediante breves apontamentos quanto ao disposto no ordenamento jurídico e a significação respectiva, relacionando-os com o caso ocorrido em *Little Rock* no ano de 1957 (capital do Estado do Arkansas nos Estados Unidos da América), abordado em artigo elaborado por Hannah Arendt (Reflexões sobre *Little Rock*), e, em específico, com o retrato elaborado na época, no qual destacam-se as imagens das estudantes Elizabeth Eckford e Hazel Bryan. Nesse contexto, também, aborda-se o direito ao esquecimento e o Marco Civil da Internet (Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014 e Decreto n° 8.771, de 11 de maio de 2016).

PALAVRAS-CHAVE: Intimidade. Vida Privada. Esqueciment. Marco Civil da Internet.

1 INTRODUÇÃO

"A verdadeira vida está ausente. Mas nós estamos no mundo" (LEVINAS, 2015, p. 19). A assertiva em questão mostra-se adequada para situarmos o enfoque do trabalho, ou seja, a exposição do tema proposto contemplará uma revisão bibliográfica dos direitos à intimidade e à vida privada e dos acontecimentos em *Little Rock* no ano de 1957, e também o relacionará com o vivenciado na atualidade, ou seja, na sociedade em rede.

Intimidade e vida privada compõem o direito da personalidade, mas apresentam distinção em sua abrangência. Nesse norte, as reflexões sobre *Little Rock*, esboçadas no artigo elaborado por Hannah Arendt (2004, p. 261-281) — no qual a autora aborda a questão da intervenção do governo dos Estados Unidos da América na promoção da igualdade a partir da dessegregação racial —, contribuem para diferenciação dos direitos em destaque, uma vez que o assunto é desenvolvido com o apontamento das "distinções claras entre esferas políticas, sociais e privadas" (BARBER, 2011, p.441).

Na sequência trabalha-se com o direito ao esquecimento e o Marco Civil da Internet (Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014 e Decreto n° 8.771, de 11 de maio de 2016), realizando-se exposições e relações com um dos retratos elaborados no episódio ocorrido em *Little Rock* no ano de 1957, no qual destacam-se as imagens das estudantes Elizabeth Eckford e Hazel Bryan. As imagens fornecem o suporte para o debate acerca da livre manifestação do pensamento e do direito ao esquecimento enquanto mecanismo de proteção à "exclusividade" (ARENDT, 2004, p. 276) no âmbito da Internet.

Portanto, a partir do desenvolvimento desses breves apontamentos, almeja-se possibilitar a compreensão do tema e contribuir para o debate acerca do direito ao esquecimento na Internet, como um dos mecanismos para salvaguardar a privacidade naquele ambiente.

2 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Os direitos à intimidade e à vida privada estão disciplinados no artigo 5°, X da Constituição da República Federativa do Brasil e nos artigos 20 e 21 do Código Civil, e, assim, compõem o direito da personalidade e resguardam a esfera privada. Adverte-se, entretanto, que intimidade e vida privada não apresentam a mesma significação em termos de abrangência.

Assim, antes da diferenciação entre intimidade e vida privada, importante discorrer, em breves apontamentos, acerca da privacidade: o surgimento doutrinário e a conceituação respectiva.

Foi em meados de 1890, nos Estados Unidos da América — avançando na linha histórico-temporal (sem o propósito de desmerecer a historicidade respectiva, mas apenas com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento do tema) —, o período no qual é estabelecido o "grande marco doutrinário" acerca da privacidade (VIEIRA, 2007, p.40). Samuel Warren e Louis Brandeis, advogados norte-americanos, iniciam o debate quanto ao limite para intromissão na privacidade do indivíduo, uma vez que estava em curso o avanço da tecnologia e a multiplicação das notícias.

Os advogados citados, então, publicaram na revista *Harvard Law Review* um trabalho com o título *The right to privacy* (O direito à privacidade em tradução livre), no qual apontavam a necessidade de proteção à privacidade, conforme o ensinamento de AGOSTINI:

> A intensidade e complexidade da vida que acompanhavam os avanços da civilização, tornava necessário um certo distanciamento do homem do mundo que lhe circundava. A solidão e a intimidade tinham se convertido em algo essencial para a pessoa. Dada essa importância mereciam proteção jurídica.
> Para Warren e Brandeis os novos modos e inventos que invadiam a intimidade da pessoa produziam sofrimento espiritual e angústia muito maior do que a que podia ser causada por meros danos pessoais. O dano originado de tais intromissões não se limitava ao sofrimento daqueles que eram objeto das atividades intromissivas. Alcançavam dimensão muito maior. Tal como em outras atividades do comércio, a oferta criava a demanda sendo que, cada grão de fofoca indecente, cochichado pelos meios de comunicação de massa, se converteria em semente de outros e, em proporção direta à sua divulgação, em causa de debilitação dos valores sociais e morais. Para eles, uma fofoca aparentemente inócua, se divulgada ampla e persistentemente, seria um mal em potência, empobrecendo e pervertendo a própria sociedade. Daí porque pensavam que a trivialidade destruiria, ao mesmo tempo, o vigor do pensamento, e a delicadeza do sentimento humano, sendo que, sob a influência destrutiva, não poderia florescer o entusiasmo, nem sobreviver o impulso generoso.
> Constatados os efeitos negativos da intromissão na privacidade, entendiam os autores estadunidenses que o sistema do *common law* deveria garantir a cada pessoa o direito de decidir até que ponto os seus pensamentos, sentimentos e emoções poderiam ser comunicados a terceiros, não se admitindo, em qualquer hipótese, que se forçasse alguém a fazê-lo contra sua vontade (AGOSTINI, 2011, p. 102-103).

Os argumentos apresentados por Warren e Brandeis, pouco tempo depois da publicação do artigo citado, foram acolhidos pelos tribunais americanos e, por conseguinte, acabaram influenciando em decisões de outros tribunais, além dos limites do território dos Estados Unidos da América (AGOSTINI, 2011, p.104). Nessa linha, a privacidade foi positivada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (artigo 12); na Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais de 1950 (artigo 8°); no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 17); e na Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969 (artigo 11). A difusão e a positivação do direito em destaque denotam a importância do tema na modernidade (AGOSTINI, 2011, p.105).

Assim, após resumo sobre a historicidade da privacidade, com suporte no estudo realizado por VIERA (2007, p.30-31), tem-se o seguinte conceito sobre esse direito:

> Buscando um conceito abrangente, o direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de controlar suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros. Nesse sentido, 'o direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados'. Tutela, portanto, o direito que se confere ao indivíduo de manter um afastamento confortável em relação ao mundo exterior, preservando esse

> distanciamento necessário ao exercício de sua autodeterminação. Tem, intrinsecamente, natureza negativa ao proteger o titular das intromissões de terceiros; e, de outro lado, natureza positiva ao permitir que o próprio indivíduo controle o que deve ser conhecido e o que não deve ser conhecido pelos demais, expressão da liberdade que lhe é ínsita (VIEIRA, 2007, p. 30-31).

Ainda, antes de trabalhar com a distinção entre intimidade e vida privada, relevante expor que tais pontos (intimidade e vida privada) são apresentados como atributos do direito da personalidade na medida em que — em termos de relação entre particulares —, o Código Civil é o estruturante e atua como efetivo direito subjetivo (o direito fundamental, nesse sentido, está voltado à relação entre o Estado e o indivíduo). Este é o ensinamento de CACHAPUZ (2006, p.207-209):

> O artigo 21 do novo Código Civil brasileiro trabalha com o direito fundamental à intimidade e à vida privada, no âmbito das relações privadas, como um efetivo direito subjetivo. Antes de promover, como cláusula geral, uma conexão das situações do âmbito privado à proteção prevista no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, o artigo 21 estrutura, de forma específica às relações entre privados, a tutela da esfera privada de todo o indivíduo, a fim de garantir, para a pessoa e na sua relação em sociedade com os demais, o mesmo tratamento jurídico de proteção assegurado constitucionalmente nas relações entre o cidadão e o Estado.
>
> A idéia de direito subjetivo aqui reconhecida deriva da compreensão de que toda a norma de direito fundamental — como se identifica em relação à proteção à intimidade e à vida privada — se apresenta como um feixe de posições jusfundamentais (ALEXY, 2001b, p.240-245), que tanto pode exprimir um direito a algo (ALEXY, 2001b, p.186-210), como pode delimitar uma liberdade (ALEXY, 2001b, p.210-227) ou mesmo determinar uma competência jurídica (ALEXY, 2001b, p.227-240). No âmbito das relações privadas, tais posições tomam significado distinto em relação ao Direito Constitucional, pois objetivam regular as relações entre particulares, assumindo o Estado antes uma função de regulação, que de responsabilização por uma ameaça a direito fundamental. A distinção não afasta a preocupação acerca do direito subjetivo tutelado, nem remete este a uma concepção restritiva, centrada na acepção clássica, construída em bases distorcidas do pensamento moderno.
>
> Prefere-se compreender que a opção pela estruturação de um direito subjetivo à intimidade e à vida privada no âmbito das relações entre privados significa entender a essas relações, de forma direta, o mesmo feixe de posições jurídicas que garante a tutela específica à esfera do privado em nível constitucional – ou seja, que permite a análise de posições tanto definitivas, como *prima facie* em razão de uma situação jurídica concreta. Tal assertiva assegura, em última análise, a imprescindibilidade de o intérprete promover a mesma relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo. Estão no texto do art. 21 do novo Código Civil as ferramentas, vistas na primeira parte deste trabalho, que autorizam, frente ao caso concreto, discutir a situação em que se encontra, no mínimo, ameaçado o direito de desfrutar de uma esfera própria da privacidade. (CACHAPUZ, 2006, p.207-209).

Então, considerando-se essa proteção da personalidade como a "faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados" (VIEIRA, 2007, p.30-31), qual é o motivo para distinguirmos os atributos intimidade e vida privada? A resposta não é fácil e muitos autores divergem, conforme o lecionado por AGOSTINI (2011, p 107).

A distinção, entretanto, na modernidade, é relevante na medida em que há conflito entre liberdades: "interesse público de expressão de um pensamento e o interesse particular de defesa da vida íntima a qualquer indivíduo ou coletividade" (CACHAPUZ, 2014, p.2). O estabelecimento dos limites entre a esfera pública e a esfera privada é, em tal sentido, necessário para a redução das dificuldades e solução de eventuais conflitos.

Assim, acerca da intimidade, VIEIRA (2007, p.36-37) apresenta a seguinte definição:

> É o lugar onde se aninham os pensamentos do indivíduo, onde ele pode descobrir-se a si próprio, onde se cultua o seu núcleo sagrado e que deve ser protegido contra qualquer intromissão por terceiros, até mesmo contra aqueles que participam da convivência diária do mesmo indivíduo. Enfim, a intimidade revela aquilo que entretece o recôndito do ser, a esfera mais reservada de uma pessoa; configurando-se como o espaço necessário ao autoconhecimento (VIEIRA, 2007, p. 36-37).

A autora, em relação à vida privada, ainda esclarece:

> Vida privada abrange confidência, reserva e todo ato humano externo, social, lícito, que a pessoa queira preservar de divulgação ou de conhecimento por terceiros em geral. Situa-se no campo dos atos humanos externos, lembrando que se refere a atos que a pessoa não deseja publicar nem divulgar, quer que o conhecimento de tais atos permaneça limitado a um círculo restrito de pessoal (VIEIRA, 2007, p.37).

No mesmo caminho de distinção entre o público e o privado, cumpre expor que HANNAH ARENDT (2004, p.261-281) trabalha com a proposta das esferas políticas (igualdade de relações), das esferas sociais (escolhas particulares de relacionamento por questões de profissão, econômicas etc.) e das esferas privadas (exclusividade: liberdade de escolha de relacionamentos e expressão de si mesmo).

Destarte, podemos identificar, aproximando essa formulação de HANNAH ARENDT com o disposto na legislação brasileira acerca da intimidade e da vida privada (artigo 5°, X da Constituição da República Federativa do Brasil e artigos 20 e 21 do Código Civil), uma clara existência de relação: no campo público tem-se o que a autora denomina de "esfera política" e, no tocante a privacidade, considerando os atributos estudados, tem-se que a vida privada corresponderia a "esfera social" e a intimidade a "esfera privada (exclusividade)".

Não obstante, ainda está mantida a dúvida acerca da utilidade da distinção. É inegável a existência de críticas quanto a teoria das esferas, por conta da dificuldade de sua delimitação em casos concretos (VIEIRA, 2007, p.39). Contudo, não se pode deixar de reconhecer que essa distinção, seja pela teoria das esferas ou pela mera diferenciação entre intimidade e vida privada, auxilia na solução de conflitos e inclusive na fixação do montante destinado ao ressarcimento do dano experimentado.

Esta é a lição de ALEXY (2008, p.364) acerca da teoria das esferas (*Sphärentheorie*), difundida na doutrina alemã (*Privatsphäre, Intimsphäre e Gereimsphäre*):

> [...] Na parte em que é correta essa teoria sustenta que a proteção da liberdade é tão mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios, sobretudo o da dignidade humana. No âmbito da esfera mais interior as relações de peso são tão certas que podem ser expressas em regras relativamente genéricas. No mais, depende-se decisivamente de sopesamentos, em cuja face de liberdade se encontra o princípio da liberdade negativa ao lado de alguns princípios adicionais. Isso corresponde exatamente à concepção formal-material (ALEXY, 208, p; 364).

É, também, o caminho apontado por VIEIRA (2007, p.39):

> A par das críticas que se tecem em relação à 'teoria das esferas', a distinção entre intimidade e vida privada impõe-se como salutar no momento da avaliação dos danos materiais e morais acarretados pelo indevido acesso ou pela divulgação não consentida de informações de caráter pessoal. Quanto mais interior a esfera atingida, ou seja, quanto mais íntima a informação divulgada, mais grave se caracteriza a conduta de quem acessou ou de quem divulgou indevidamente tais dados, devendo-se, neste caso, aplicar-se sanção mais severa, aumentando-se o valor da indenização (VIEIRA, 2007, p.39).

UNILASALLE CANOAS-RS

Portanto, depois dos apontamentos acerca da intimidade e da vida privada, passa-se ao ponto seguinte com o escopo de apresentar o caso de *Little Rock* (imagens das estudantes Elizabeth Eckford e Hazel Bryan), o direito ao esquecimento e o Marco Civil da Internet, relacionando-os nas considerações finais.

3 O CASO DE *LITTLE ROCK*, O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O MARCO CIVIL DA INTERNET (BREVES APONTAMENTOS)

3.1 O caso de *Little Rock*

Em maio de 1954, no caso denominado *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América proferiu uma decisão reconhecendo a inconstitucionalidade das legislações que alicerçavam a existência de escolas públicas racialmente segregadas. Afastou-se, assim, o julgamento anterior que amparava a separação em condições iguais (em meados de 1892, no caso *Pelssy vs. Ferguson*, a Corte havia negado o direito de um indivíduo negro que almejava o uso dos vagões de trens destinados aos brancos).

O nome do caso deve-se a um dos demandantes: o senhor Oliver Brown. O pleito foi elaborado a partir da negação de admissão de sua filha Linda, de sete anos de idade, em uma escola pública destinada para brancos (BOLETÍN INFORMATIVO DE LA EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS, 2004):

> En mayo de 1954, en una decisión histórica en el caso de Brown vs. Junta Escolar, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales. El nombre del caso, Brown, se refiere a Oliver Brown, el afronorteamericano que procuró una reparación legal cuando a su hija Linda, de siete años de edad, se le negó admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la pequeña ciudad de Topeka, Kansas, en el Medio Oeste de Estados Unidos, donde vivían en aquel entonces (Em maio de 1954, em uma decisão histórica no caso de Brown vs. Conselho Escolar , o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu que as escolas públicas racialmente segregadas eram inconstitucionais. O nome do caso, Brown, refere-se a Oliver Brown, o afro americano que procurou uma reparação legal quando a sua filha Linda, de sete anos de idade, teve negada a admissão em uma escola primária reservada para os brancos na pequena cidade de Topeka, Kansas, no centro-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam na época, em tradução livre).

A partir dessa decisão as escolas públicas nos Estados Unidos da América iniciaram os procedimentos para eliminar as restrições raciais e realizar a integração. Em *Little Rock* — capital do Arkansas, cujo governador era contrário ao decidido na Corte Suprema —, definiu-se por traçar um plano mantendo as escolas destinadas aos negros e permitindo que alguns frequentassem as escolas destinadas aos brancos. Contudo, o plano não vingou e os estudantes escolhidos foram alvo de represálias pelos brancos, conforme narrado na reportagem produzida por GESSAT (2015):

> Final da década de 50 nos Estados Unidos: com base numa sentença da Corte Suprema, todas as escolas do país foram conclamadas a eliminar as restrições raciais. Também em Little Rock, capital do estado de Arkansas, as autoridades escolares começaram a preparar um plano de integração.
> Chegou-se a um consenso: seriam mantidos os colégios exclusivos dos negros, mas alguns escolares negros teriam permissão para frequentar os colégios dos brancos. Foram escolhidos nove candidatos negros, seis moças e três rapazes, que deveriam

> frequentar a Central High School no ano letivo que se iniciava, juntamente com 1.900 escolares brancos.
> [...]
> Para muitos, no sul dos EUA, era inaceitável a eliminação da segregação racial nas escolas. Um dos principais adversários da integração era o governador de Arkansas, Orval E. Faubus. Ele conclamou abertamente à resistência e ordenou às tropas da Guarda Nacional de Arkansas que cercassem a escola.
> No dia 3 de setembro de 1957, os escolares negros tentaram, pela primeira vez, entrar no colégio. Foram impedidos pelos soldados, os quais receberam aplausos frenéticos da turba de brancos, reunida diante do prédio da escola. No dia 4 de setembro, Elisabeth Eckford, uma das estudantes negras, quase foi linchada pela multidão. Os soldados presenciaram o incidente sem intervir.
> Mas logo a imprensa americana divulgou os acontecimentos e as autoridades federais ficaram cientes do conflito. Uma sentença judicial obrigou o governador de Arkansas a retirar, finalmente, as tropas da escola. No dia 23 de setembro de 1957, os escolares negros tentaram mais uma vez assistir às aulas.
> O *New York Times* informou sobre os acontecimentos do dia da seguinte maneira: 'Uma turba de manifestantes em pé de guerra, aos berros histéricos, obrigou hoje nove escolares negros a deixarem a Central High School. Apesar da presença de um grande número de policiais locais e estatais para proteger os negros contra ataques, essas forças policiais acabaram desistindo em face da fúria de cerca de mil manifestantes brancos e, por volta do meio-dia, ordenaram aos alunos negros que deixassem a escola. A tentativa de integração durou 13 minutos. Os negros foram escoltados pela polícia através da turba e levados para suas casas, sem serem feridos'.
> [...]
> Na noite de 23 de setembro, o presidente Dwight Eisenhower fez um pronunciamento pela televisão, dirigindo-se ao povo americano: 'Como se sabe, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que são inconstitucionais as leis sobre a segregação racial nas escolas. Nossa opinião pessoal quanto à decisão não desempenha qualquer papel na imposição do cumprimento da lei. A base dos nossos direitos e liberdades individuais é assentada na garantia de que o presidente e o Poder Executivo apoiam e impõem as decisões da Corte Suprema. Se necessário, com todos os recursos à disposição do presidente'.
> O discurso do presidente deixou duas coisas claras. Em primeiro lugar, Eisenhower não era exatamente um paladino do movimento em prol dos direitos civis dos negros. Sua argumentação foi mantida quase exclusivamente no nível formal. Mas também ficou muito claro que o presidente estava decidido a acabar com a resistência em Little Rock. O conflito em torno dos nove escolares negros transformara-se também numa luta de poder entre as autoridades estaduais e federais.
> [...]
> Como a situação em Little Rock continuava inalterada, Eisenhower pôs todas as unidades policiais e militares de Arkansas sob o comando federal, no dia 24 de setembro. Além disso, enviou mil homens da 101ª divisão, uma tropa federal regular, para Little Rock. Os soldados postaram-se diante da escola e dissolveram imediatamente toda tentativa de agrupamento de manifestantes. Cada um dos nove escolares recebeu um guarda-costas, que o acompanhou à sala de aula, montando guarda à porta todo o tempo.
> Com tal proteção, os nove escolares negros puderam no dia 25 de setembro de 1957 frequentar, pela primeira vez, um dia inteiro de aulas no seu novo colégio. Mas os nove adolescentes tiveram de enfrentar, sem qualquer amparo, as provocações verbais, sociais e, em parte, físicas dos colegas brancos.

A partir da estrita análise da teoria das esferas em relação aos acontecimentos de meados de setembro de 1957 em *Little Rock,* importante apontar que HANNAH ARENDT manifestou-se contrária ao decidido pelas autoridades, denotando que a solução da questão não deveria passar pela invasão da esfera política em relação às esferas social e privada, uma vez que: "O direito dos pais de criar os filhos como acharem adequado é um direito de privacidade, pertencente ao lar e a família (ARENDT, 2004, p. 279).

UNILASALLE CANOAS-RS

Deste acontecimento, entretanto, para auxiliar nas abordagens dos tópicos seguintes, interessa, pontualmente, a observação do retrato das estudantes Elizabeth Eckford e Hazel Bryan, tendo em vista que a imagem será utilizada como um dos pontos de ligação ao direito ao esquecimento e ao Marco Civil da Internet. Eis a fotografia elaborada por WILL COUNTS em 04 de setembro de 1957:

Elizabeth (à frente) e Hazel (atrás)

A observação da fotografia elucida a situação vivenciada por Elizabeth Eckford naquela turba de alunos brancos, com principal destaque para Hazel Bryan.

UNILASALLE CANOAS RS

3.2 Direito ao esquecimento

Esquecimento é o ato ou efeito de esquecer (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 824). Mas no tocante a esse tema não podemos analisá-lo apenas no aspecto de não ser lembrado, uma vez que no âmbito dos meios digitais o desejado é o não acesso de determinadas informações relativas à intimidade e à vida privada (evitar a evocação), a fim de atingir-se a qualidade de olvido. Isso se dá quando não lembramos daquilo que gravamos. É o ensinamento de IZQUIERDO (2011, p.11):

> ‘Memória’ significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se ‘grava’ aquilo que foi *aprendido*. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi apreendido.
> Podemos afirmar, conforme Norberto Bobbio, que somos aquilo que recordamos, literalmente. Não podemos fazer aquilo que não sabemos, nem comunicar nada que desconhecemos, isto é, nada que não esteja na nossa memória. Também não estão a nossa disposição os conhecimentos inacessíveis, nem formam parte de nós os episódios dos quais esquecemos ou os quais nunca atravessamos. O acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é: um indivíduo, um ser para o qual não existe outro idêntico.
> Alguém poderia acrescentar: ‘...e também somos o que resolvermos esquecer’. Sem dúvida; mas não há como negar que isso já constitui um processo ativo, uma prática da memória: nosso cérebro ‘lembra’ quais são as memórias que não quer trazer à tona, e evita recordá-las: as humilhações, por exemplo, ou as situações profundamente desagradáveis ou inconvenientes. De fato, não as esquece, pelo contrário: as lembra muito bem e muito seletivamente, mas as torna de difícil acesso (IZQUIERDO, 2011, p. 11).

O direito ao esquecimento tem por finalidade, então, impedir a manutenção da divulgação de acontecimento pretérito quanto ao indivíduo, e permitir, no âmbito da Internet, a remoção do conteúdo tido como ofensivo, conforme expõem GIACCHETTA e MENEGUETTI (2014, p.385):

> Importante mencionar, ainda, que a popularização da internet, a partir da década de 90, fez aumentar de forma sensível a disseminação e o acesso à informação. A capacidade de armazenamento de dados quase ilimitada e a facilidade com que a informação é gerada, distribuída e localizada na internet passaram a permitir que os mais variados tipos de conteúdo permaneçam ao alcance do público por um longo período. Notícias publicadas e outras informações geradas há longa data são mantidas na rede e encontradas por qualquer pessoa de forma extremamente simples e rápida. Não raramente, porém, esse conteúdo pretérito, considerado no contexto atual, é reputado ofensivo às pessoas a que se refere, colidindo com alguns de seus direitos, sobretudo aqueles relativos à personalidade.

O esquecimento em questão "define-se pelo direito de que ninguém pode ser eternamente lembrado ou cobrado por atos praticados no passado" (ARTESE, 2015, p.262).

É importante expor que o tema não se revela totalmente novo, pois mesmo sem tal nomenclatura, há registro de situação semelhante destinada à proteção da privacidade em um julgamento realizado no ano de 1973, pela Primeira Sala do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Em tal julgamento, diante da colisão entre os direitos constitucionais à privacidade, à ressocialização do preso e à liberdade de rádio e televisão, decidiu a Corte pelo direito à privacidade mesmo em se tratando de informações verídicas. Trata-se do caso Lebach, eis o narrado por SARLET (2015):

> No 'Caso Lebach' cuidava-se da condenação, em 1970, dos autores do assassinato de quatro soldados durante o sono, ao passo que outro ficou gravemente ferido. Os autores principais foram condenados à prisão perpétua e o partícipe a seis anos de reclusão. Dois anos depois, uma emissora de televisão editou um documentário sobre o caso, inclusive uma reconstituição com referência aos nomes dos envolvidos, o que levou o partícipe, que estava a prestes a lograr livramento condicional, a requerer provimento judicial para impedir a divulgação do programa, o que foi recusado pela instância ordinária, resultando em interposição de reclamação constitucional ao TCF. O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance.

Na década de 90, entretanto, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão foi outra: foi permitida a divulgação do novo documentário produzido sobre o caso Lebach, tendo em vista que o trabalho audiovisual não contemplava elementos para identificar os autores do crime e, portanto, a "interferência no livre desenvolvimento da personalidade seria reduzida" (ARTESE, 2015, p. 262). Nesse segundo julgamento ocorreu o resguardo da privacidade, mas sem o impedimento à livre manifestação do pensamento: houve uma mitigação ao esquecimento.

Todavia, em se tratando de direito ao esquecimento no âmbito da Internet, o expressivo "marco" para o debate ocorreu em 13 de maio de 2014. Nessa ocasião, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o processo C-131/12 — envolvendo *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos e Maria Costeja González* —, e assegurou proteção ao direito olvido.

Tudo começou em meados de 2010, quando o espanhol Mario Costeja González apresentou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados contra o editor do jornal *La Vanguardia Ediciones SL* e contra a *Google Spain* e a *Google Inc*. O cidadão espanhol sustentava, na reclamação, que seu nome constava em pesquisa realizada no motor de busca e o relacionava a duas páginas do jornal diário da La Vanguardia (janeiro e março de 1998), onde constava o edital da hasta pública de imóveis de sua propriedade, destinada ao pagamento de dívidas perante a Segurança Social daquele país.

A pretensão constante na reclamação consistia na obtenção de ordem ao jornal com o fim de que excluísse ou alterasse as páginas do diário, de modo que os seus dados pessoais não fossem visualizados ou fosse utilizada alguma tecnologia para preservar a divulgação dos seus dados. No mesmo sentido, pretendia que o *Google Spain* ou à *Google Inc*. não exibissem esses resultados quando inserido o seu nome no motor de buscas. O fundamento do pedido de Mario estava lastreado na solução do problema e na não existência de pertinência do fato em divulgação, já que dizia respeito a sua vida privada.

A Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) indeferiu a reclamação contra o jornal em virtude da legalidade da publicação, mas acolheu o pedido contra a *Google Spain* e a *Google Inc*., ordenando a exclusão dos dados e a não divulgação em pesquisas realizadas em sua ferramenta de buscas. Houve recurso da *Google Spain* e da *Google Inc*. contra decisão na *Audiencia Nacional* (Audiência Nacional, Espanha) com o fim de obter a anulação da decisão da AEPD. Assim, o órgão jurisdicional espanhol encaminhou diversas questões ao Tribunal de Justiça que, como exposto antes, decidiu por manter a decisão da AEPD e, por conseguinte, assegurar o direito de o indivíduo requerer o "esquecimento" diretamente aos mantenedores do motor de busca na Internet, a fim de que "eliminem as páginas com informações pessoais 'irrelevantes ou desatualizadas' […]" (LEITE; LEMOS, 2014. p. 411).

Diversos questionamentos decorrem dessas situações, uma vez que, no ambiente da Internet, as informações são transmitidas com agilidade e não há facilidade de esquecimento, bem como, em contrapartida, há o direito de livre manifestação do pensamento e de informação.

Com efeito, existe necessidade de regulamentação do direito ao esquecimento? A legislação disponível em nosso país é suficiente para auxiliar na solução de eventuais litígios? As indagações ensejam a reflexão e o debate. Veja-se, por exemplo, o caso citado por GUERRA (2014, p. 412) para demonstrar a existência de situações delicadas quanto ao assunto:

> Pois bem, a questão suscita pontos cegos e questões delicadas como, por exemplo, a máxima de que, por vezes, proteger dados é proteger criminosos ("Datenschutz ist Täterschutz"). No Caso Stephanie, ocorrido em 2006 na cidade de Dresden, Alemanha, uma adolescente de 13 anos foi capturada e estuprada durante cinco semanas pelo sequestrador Mario M., de 36 anos, que depois se soube ser reincidente em crimes dessa natureza, inclusive filmando suas vítimas e que tinha sido colocado em liberdade antes de cumprir a pena e que seus dados estavam nos registros centrais da Polícia, que, no entanto, não soube achá-los. O Tribunal impôs a pena máxima ao agressor, que provavelmente cumprirá 15 anos de prisão e, depois, será transferido para internação psiquiátrica indefinidamente.

No mesmo sentido, denotando a importância do debate sobre o direito ao esquecimento e o direito à informação, a rede de comunicação britânica BBC elaborou uma matéria sobre a decisão do Tribunal Europeu de Justiça, apresentando relevantes casos em que houve requerimento relacionado ao direito de esquecimento (WAKEFIELD, 2015):

> Um ex-político que busca a reeleição, um pedófilo e um médico. Os três estão entre os primeiros a se aproveitar de uma recente decisão de uma corte europeia - batizada

> por jornais locais de "direito ao esquecimento" - e a requisitar que o Google "apague" resultados de buscas ligados a episódios específicos de seu passado.
> No início da semana, o Tribunal Europeu de Justiça, sediado em Bruxelas, na Bélgica, determinou que indivíduos podem requisitar que a empresa americana remova resultados de buscas "irrelevantes e desatualizadas".
> O ex-político britânico, que não foi identificado, quer a remoção de links atrelados a um artigo sobre falhas de comportamento durante seu mandato; o homem condenado por pedofilia quer apagar os registros da sua condenação; e o médico pleiteia a retirada de resenhas negativas sobre seus serviços (WAKEFIELD, 2015).

No Brasil, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei substitutivo aos Projetos de Leis nº 215/2015, nº 1.547 e nº 1.589 de 2015, com o escopo de alterar o Marco Civil da Internet e estabelecer o direito ao esquecimento para os casos de absolvição, de condenações criminais cumpridas ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso, a pedido do interessado.

As tensões entre os direitos fundamentais estão presentes. Precisamos de uma legislação específica para tratar acerca do esquecimento? A reflexão e o debate são necessários.

3.3 Marco Civil da Internet

É inegável a existência de uma Sociedade em Rede. É nessa óptica o ensinamento de MOLINARO e SARLET:

> [...] No conceito de uma 'sociedade da informação', o que é enfatizado é a substancial e sempre presente transformação das atividades e dos processos ocorrentes no interior dessas sociedades, baseados na ciência, racionalidade e reflexividade. Uma sociedade cuja economia e em geral todos os valores e setores, inclusive os setores agrários, industriais e de serviços, estão caracterizados cada vez mais pela produção de informação. O mercado de trabalho caracteriza-se por uma maioria de funções largamente ou completamente baseada em tarefas de processamento de informação que requerem conhecimento e níveis mais elevados de ensino (daí a atribuição: sociedade do conhecimento). A cultura, por sua vez, é dominada pela mídia e produtos de informação com os seus sinais, símbolos e significados. De outras parte, no conceito de uma 'sociedade em rede', a atenção desloca-se para as formas de organização dessa sociedade, examinando as mutações de sua infraestrutura. O conceito de 'sociedade em rede' enfatiza a forma, o intercâmbio e a organização do processamento de informação. Uma infraestrutura das redes sociais e da mídia se encarrega disso. Assim, a sociedade em rede pode ser definida como uma formação social com uma infraestrutura de redes sociais e meios de comunicação que permitam o seu modo principal de organização em todos os níveis (individual, grupal/organizacional e social). Cada vez mais, essas redes permitem vincular todas as unidades ou partes desta formação (indivíduos, grupos e organizações). Nas sociedades ocidentais, o 'indivíduo vinculado por redes' está se tornando a 'unidade básica' da sociedade em rede. Nas sociedades orientais, ao contrário, ainda é o grupo (família, comunidade, trabalho em equipe) que está vinculado por redes. Em ambas, como anota Van Dijk, 'as redes atendem todos os níveis da sociedade e se conectam nestes níveis. A Internet, por exemplo. Simultaneamente atende aos indivíduos, as organizações, as comunidades e sociedades. Nunca tivemos tal meio na história antes' (MOLINARO; SARLET, 2014. p. 29-30).

A disseminação e o controle das informações ocorrem não apenas pela opinião pública convencional "agendada pelos meios de comunicação tradicionais e controlada por interesses privados e pelas regulações e poderes estatais" (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109), como também pela chamada opinião pública diferenciada — "[...] que tem, como agentes, os cidadãos protagonistas e descentralizados, com mobilidade instantânea e articulados em rede sociais."

(BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109) —, sendo a Internet um dos mecanismos utilizados para fácil e ágil proliferação das informações.

Nesse contexto, não é incomum a intimidade e a vida privada das pessoas (artigo 5º, X da CRFB e artigo 21 do CC) resultarem ofendidas pela divulgação de informações não desejadas, uma vez que, consoante já afirmado, "a proliferação das informações ocorre tanto pelos meios de comunicação tradicionais como por aqueles descentralizados" (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109).

Logo, na mesma medida em que existe proteção à intimidade e à vida privada (artigo 5º, X da CRFB e artigo 21 do CC), também são assegurados os direitos fundamentais de livre manifestação de pensamento e de acesso à informação (artigo 5º, IV e XIV da CRFB), com a liberdade de imprensa (artigo 220, § 1º da CRFB).

Verifica-se, com efeito, tensão entre os direitos fundamentais, uma vez que tanto o indivíduo como os meios de comunicação, quando restringido o exercício desses direitos, sustentam a ocorrência de ofensas. Ainda, não bastando esse ambiente onde há proliferação das informações — por meios de comunicação convencionais e não convencionais (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109) —, e, por conseguinte, eventuais ofensas aos direitos fundamentais, verifica-se a existência de um Estado de Vigilância, conforme assevera CANTALI (2009, p.195-196):

> A Constituição e o Código Civil brasileiros determinam que a vida privada e a intimidade são invioláveis. Serão mesmo invioláveis? Simples análise do cotidiano das pessoas leva à conclusão de que a privacidade das pessoas está sujeita a sistemáticas violações. Vive-se numa sociedade vigiada, com câmeras, revistas em aeroportos, bancos de informações virtuais que armazenam dados pessoais e mesmo a mídia que a cada dia se torna mais agressiva, devassando a vida das pessoas, principalmente dos famosos, nas atitudes mais corriqueiras.
> […] Ademais, o impacto que a revolução tecnológica vem causando também diz com o direito à privacidade, principalmente em função da *internet* e o seu fluxo de troca de informações (CANTALI, 2009, p. 195-196).

UNILASALLE RS CANOAS-RS

A Sociedade em Rede, assim, acaba por submeter-se a controles e intrusões; as informações de navegação na Internet, para situar-se apenas neste mecanismo de comunicação, são armazenadas e utilizadas para diversos fins, de modo que a privacidade do indivíduo é prejudicada.

Os acontecimentos em questão não são desconhecidos, pois já nos deparamos com a confissão realizada pelo norte americano Edward Joseph Snowden (analista de sistemas, ex-administrador de sistemas da CIA e ex-contratado da NSA), relatando publicamente a sistemática de vigilância global da NSA (*National Security Agency*) em relação aos indivíduos.

Foi nesse contexto, depois de um período considerável de debates, conforme afirmado pelo Deputado Federal Alessandro Molon (2014, p. XXVII-XXVIII), que o Marco Civil da Internet foi aprovado, sancionado e está em vigor (Lei nº 12.965/2014).

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) representa um grande avanço em termos de direito à intimidade e à vida privada no ambiente da Internet. Na afirmação de GUERRA (2014, p.411) é "uma verdadeira carta de direitos fundamentais dos usuários […], mas que precisará sempre se harmonizar com outros princípios jurídicos, particularmente o interesse público, sobretudo em um país sem tradição à privacidade alheia".

Ao dispormos de uma legislação sobre o uso dos meios digitais (Marco Civil da Internet), é necessária a existência de disposição legal acerca do esquecimento na Internet?

A questão enseja a reflexão, mas a partir dos apontamentos realizados, acredita-se que neste momento não é imprescindível o regramento proposto: dispomos de legislação e casos análogos, mesmo que provenientes de outros países, para fundamentarmos as eventuais decisões acerca do direito ao esquecimento na Internet.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo a proposta de elaboração deste trabalho discorreu-se acerca da intimidade e da vida privada, bem como sobre o caso de *Little Rock*, o direito ao esquecimento e o Marco Civil da Internet.

Um ponto, entretanto, mantém-se aberto no desenvolvimento do texto: a fotografia das estudantes Elizabeth Eckford e Hazel Bryan reproduzida no tópico concernente ao caso de *Little Rock*. Há relação do retrato das estudantes com o tema abordado? Sim.

Nesse sentido, considerando que o direito à privacidade traduz-se na "faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados" (VIEIRA, 2007, p.30-31), a Elizabeth (estudante negra) ou a Hazel (estudante branca) é assegurada a proteção à vida privada, no âmbito da legislação brasileira?

O artigo 5º, X da CRFB e o artigo 21 da CC asseguram o direito de as estudantes impedirem a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada. Então, a elas é assegurado o direito ao esquecimento? Em consideração ao fato ocorrido (exposição, arrependimentos, repercussões familiares etc.) e depois de transcorrido mais de 50 anos do episódio, acredita-se que o eventual requerimento com o fim de "estar só" ou, especificamente, para impedir a manutenção da divulgação do acontecimento pretérito contempla viabilidade (a fotografia utilizada no desenvolvimento do texto é de fácil acesso na Internet: a inserção do nome das personagens no motor de busca de imagens retorna com diversos retratos).

Relevante expor que não estamos afastando os posicionamentos em sentido contrário à asseverada viabilidade atribuída ao pleito de esquecimento, mas apenas expondo que existe possibilidade de apreciação a partir dos apontamentos realizados, uma vez que o Marco Civil da Internet assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 7º, I) e, como apresentado anteriormente, há julgados de outros países com deliberações sobre o tema.

Destarte, tendo por base essas considerações, não verificamos a existência da necessidade de regramento do direito ao esquecimento e, além disso, na hipótese de debate sobre o mérito da questão (no caso de um lado sustentar que a imagem estaria na esfera pública e o outro asseverar que estaria na esfera privada, em nítida colisão de liberdades), o Estado dispõe de instrumentos (o caso Lebach na Alemanha, o caso Google na Espanha e diversas teorias que auxiliam na interpretação e aplicação do Direito) para embasar eventuais decisões.

No caso da fotografia em debate não teremos problemas, uma vez que aparentemente não há litígio e as estudantes já foram fotografadas em momentos posteriores, não estando evidenciado, pelas imagens recentes, qualquer litígio (conforme verificado nas pesquisas realizadas nos motores de busca). Mas na vida e no mundo presente não podemos descartar litígios e requerimentos para "estar só", por isso é, em nossa óptica, adequado e oportuno o debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARTESE, Gustavo (Coord.). Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BARBER, Michael. Fenomenologia e *Verstehen*. Tradução de: Melissa de Mattos Pimenta. Revista Civitas, Porto Alegre, v.11, n.3, p. 440-454, set./dez. 2011.

BRASIL. Código civil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out.2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Diário Oficial da União, Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em: 21 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. Relatora: Cármen Lúcia – Plenário. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>. Acesso em: 29 out. 2015.

CANOAS-RS

BROWN VS. JUNTA ESCOLAR, La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación. Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos, Panamá, feb. 2004. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>. Acesso em: 24 maio. 2016.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Liberdades colidentes e relações privadas: As biografias não autorizadas e a proposta de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e12250d354ea681>. Acesso em: 24 maio. 2016.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GESSAT, Rachel. 1957: Os Nove de Little Rock. Deutsche Welle, Bonn, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.dw.com/pt/1957-os-nove-de-little-rock/a-263358>. Acesso em: 24 maio. 2016.

GONZAGA de SOUZA, Draiton; BAVARESCO, Agemir (Org.). Direito e Filosofia I. Porto Alegre: Letra & Vida, 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IZQUIERDO, Iván. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12. 965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, George Salomão (Coord.). Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014.

LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito. Tradução de: José Pinto Ribeiro. 3. ed. Lisboa: 70, 2015.

MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Hildo. Projeto de Lei nº 215, de 2015. Acrescenta inciso V ao art. 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 31 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. Revista eletrônica Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 1 nov. 2015.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

WAKEFIELD, Jane. Pedófilo se aproveita de norma da UE e requisita que Google “apague” seu passado. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140516_remocao_infos_ google_lgb. shtml>. Acesso em: 2 nov. 2015.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol. IV, Dezembro de 1890, n. 5. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em: 28 out. de 2015.

WILL_COUNTS1_JPG. Altura: 429 pixels. Largura: 640 pixels. 96 dpi. 65 Kb. Formato JPEG. Disponível em: <http://www.encyclopediaofarkansas.net/encyclopedia/media-detail.aspx?mediaID=7781>. Acesso em 22 maio 2016.

UNILASALLE CANOAS-RS

MEMÓRIA, GESTÃO E CULTURA DO TEATRO SÃO PEDRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Renata Bastos Dellamea Ferraz[1]
Judite Sanson de Bem[2]

RESUMO: Passados mais de 150 anos desde sua inauguração, o Teatro São Pedro ainda respira para a população rio-grandense. As mais de centenas de encenações teatrais, oficinas, espetáculos, shows e outras modalidades de eventos, demonstram seu compromisso em preservar e incentivar a cultura local, e os atores envolvidos com a gestão da instituição são protagonistas nesse processo. Nesse sentido, entender os ciclos culturais pelos quais o teatro passou é o propósito dessa pesquisa, que tem como objetivo geral analisar a memória da gestão dos seus financiamentos públicos e privados. A questão ao problema de pesquisa que se coloca é: de que forma a gestão dos desembolsos financeiros ao longo do tempo impactaram no desenvolvimento cultural local. A partir disso, o estudo considera-se exploratório, e o método histórico servirá para responder ao problema proposto, através da análise documental e pesquisa oral. Os resultados do estudo ainda estão sendo desenvolvidos, mas observações iniciais possibilitam verificar dois ciclos na memória do financiamento do Teatro: o primeiro, desde sua fundação até a década de 80, onde a participação pública era única e capaz de manter sua existência; e o segundo, após esse período, onde a participação privada passa a coexistir e começa a tomar frente na gestão cultural da instituição.

PALAVRAS-CHAVES: Memória. Gestão financeira. Identidade

1 INTRODUÇÃO

O Teatro São Pedro faz parte do cotidiano dos gaúchos. Sua história de vida começa no século XIX onde a preocupação com a vida cultural e social da cidade se torna essencial para seus habitantes.

A doação de um terreno em um ponto central da cidade, feita pelo então presidente da província à época, Manuel Antônio Galvão, oportunizou concretizar a construção de um grande teatro. Palco de inúmeras companhias teatrais e óperas, o Teatro também presenciou revoluções, crises econômicas, guerras e ditaduras políticas que trouxeram mudanças e grandes renovações na qualidade e quantidade de suas apresentações, bem como no aporte de recursos financeiros para sua manutenção e expansão.

Palco até de grandes convenções partidárias, o Teatro nos anos 60 apresentou sinais de cansaço, o que culminou em seu fechamento em 1973 devido às condições precárias em que se encontrava onde ficou "jogado ao canto da praça". *S*eu retorno à vida cultural aconteceu apenas com o surgimento da Fundação Teatro São Pedro em 1982, sendo os recursos públicos estaduais insuficientes. Deve-se considerar ainda que nesse período não existia leis de incentivo a cultura nem tão pouco a preocupação da iniciativa privada em investir no projeto, ou seja, o estado era o único ator financiador.

A partir desse contexto, o presente artigo mostrará a memória de financiamento público ao Teatro, através de uma leitura sobre a memória e identidade, na primeira seção; da história do Teatro São Pedro, na segunda seção; e de uma análise dos recursos públicos, na terceira seção.

2 ALGUNS ASPECTOS INICIAIS DA MEMÓRIA

1 Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais UNILASALLE; Bolsista Capes; llamea@terra.com.br
2 Doutora em História Íbero Americana PUC/RS; judite.bem@unilasalle.edu.br

Para se ter uma compreensão mais fiel do processo de mudanças históricas nas quais o Teatro São Pedro passou, ao longo dos séculos, é importante resgatar questões atinentes à memória e a identidade, como as propostas por Maurice Halbwachs, Aleida Assmann e Michel Pollak, na medida que o resgate da história e as lembranças de cada período transformaram o teatro no que ele é hoje.

Halbwachs aponta que a memória é uma construção social, são quadros sociais, tudo que lembramos do passado faz parte de uma construção coletiva do presente, sejam quadros sociais das famílias, tradições ou representações. Para ele, a memória tem uma fundamentação de caráter social, nunca se está sozinho e sempre há uma comunidade afetiva nas memórias, importante para se criar a identidade. Participamos de diferentes grupos sociais e dependendo do grau próximo, ou não, que temos a eles, a memória que construímos fica atrelada a lembrança de outros indivíduos.

Conforme o autor há dois tipos de memória:

> ...seria o caso de distinguirmos duas memórias, que chamamos, se o quisermos a uma interior ou interna, a outra exterior: ou então a uma memória pessoal, a outra de memória social. Diríamos mais exatamente ainda: a memória autobiográfica e memória histórica. A primeira se apoiaria na segunda, pois toda a história de nossa vida faz parte da história em geral. Mas a segunda seria, naturalmente, bem mais ampla que a primeira. Por outra parte, ela não nos representaria o passado senão sob uma forma resumida e esquemática, enquanto que a memória de nossa vida nos apresentaria uma quadro bem mais contínuo e mais denso. (HALBWACHS, 2006, p.55)

Nesse aspecto, o autor reforça a distinção entre memória coletiva e história, onde cita que a memória coletiva é uma corrente de pensamento contínuo uma vez que retém do passado apenas aquilo que está vivo ou capaz de viver na consciência do grupo. (2006, p.81) Pelo fato das lembranças serem amplas, o passado só aparece a partir do presente. As recordações são acessadas por outros indivíduos que estão localizados num tempo e espaço, e o tempo de um grupo é diferente do outro ao mesmo tempo. Há portanto, uma pluralidade dos tempos. Nesse aspecto, Halbwachs reforça que as lembranças estão associadas ao presente e que elas podem ser reconstruídas pelas vivências dos outros indivíduos, as lembranças de um indivíduo são um ponto de vista de um grupo. Os indivíduos apresentam comportamentos diferentes porque estão relacionados a uma vida social que incorpora experiências coletivas. A memória, nesse sentido é um fluxo no tempo e "pode-se dizer que as datas e as divisões astronômicas do tempo estão encobertas pelas divisões sociais de tal maneira que elas desaparecem progressivamente e que a natureza deixa cada vez mais à sociedade o encargo de organizar a duração." (HALBWACHS, 2006, p.92) .

Nesse sentido, podemos ainda mencionar os estudos de Aleida Assmann quanto a importância dos armazenadores externos, isso é, arquivo, para a construção da memória. Os arquivos assumem a forma de registros importantes para o testemunho passado da memória funcional, memória armazenamento que é designada pelo nome de herança cultural. Pelo fato dos arquivos serem armazenadores coletivos de conhecimento, desempenham funções importantes como a conservação, seleção e acessibilidade. . Assman trata do arquivo como a "base do que pode ser dito no futuro sobre o presente, quando ele se tornará passado"(ASSMANN, 2011, p. 75). Podemos ter dois tipos de arquivo: o político e o histórico, e o arquivo ocupa um espaço entre o lembrar e o esquecer e faz parte da memória cultural. O papel/escritura é importante para a memória cultural passiva.

Assim para Assman, a memória cultural se detém em duas formas distintas: a) na seleção limitada de textos, obras de arte e ou principais eventos históricos, e b) no armazenamento de documentos e artefatos do passado. Através da cultura, homens e mulheres criam um quadro temporal que transcende a duração da vida individual relativa ao passado, presente e futuro. A memória cultural permite aos indivíduos orientar-se pelos espaços da recordação e está ligada a

temporalidades:"recordando, interagindo, lendo, comentando, criticando e discutindo os seres humanos participam de horizontes alargados de significado e produção"(ASSMANN, 2011, p.73)

No mesmo caminho, Michael Pollak desenvolveu um trabalho importante referente à memória e identidade. Segundo o autor, memória e identidade se retroalimentam, a memória é constituída de acontecimentos, pessoas, personagens e lugares de memória que remetem a transformações e projeções. A memória sofre flutuações desde o momento em que é articulada até o momento em que é expressa:

> ...a memória organizadíssima, que é a memória nacional, constitui um objeto de disputa importante, e são comuns os conflitos para determinar que datas e que acontecimentos vão ser gravados na memória de um povo...esse último elemento da memória – a sua organização em função das preocupações pessoais e políticas do momento mostra que a memória é um fenômeno construído...social e individualmente, quando se trata da memória herdada, podemos também dizer que há uma ligação fenomenológica muito estreita entre a memória e o sentimento de identidade.(MICHAEL POLLAK, 1992, p.4)

Nesse sentido, a memória individual ou coletiva é um elemento fundamental para a construção do sentimento de identidade, uma vez que constitui o sentimento de continuidade de uma pessoa ou de um grupo em sua reconstrução de si. Para Pollak, identidade social é vista como à imagem de si, para si e para os outros, em outras palavras,

> " a construção da identidade é um fenômeno que se produz em referência aos outros, em referência aos critérios de aceitabilidade, de admissibilidade, de credibilidade. E que faz por meio da negociação direta com outros. Vale dizer que a memória e identidade podem ser perfeitamente negociadas, e não são fenômenos que devam ser compreendidos como essências de uma pessoa ou de um grupo."(MICHAEL POLLAK, 1992, p.5)

UNILASALLE CANOAS-RS

Diante do exposto, a memória e identidade são aspectos importantes para a compreensão das transformações das sociedades contemporâneas, e um aprofundamento mais minucioso de autores que focam seus estudos nesses elementos são primordiais para entender as mudanças nas quais o Teatro São Pedro passou para reconstruir sua identidade.

3 O SURGIMENTO DO TEATRO SÃO PEDRO

Palco de muitos espetáculos, o Teatro São Pedro foi inaugurado oficialmente em 27 de junho de 1858 onde estabeleceu um novo marco na vida cultural da cidade, apresentando grandes companhias de teatro.

Fotografia 1 – Teatro São Pedro, 1965

Fonte: Acervo Digital FTSP

No entanto, entre 1914 e 1920, o teatro sofreu um impacto forte devido à primeira guerra mundial que comprometeu a qualidade e quantidade de shows "na verdade, o velho teatro da Praça da Matriz estava convertido em casa de orates. Conferências daqui, espetáculos de pugilismo dali...E como havia guerra na Europa, surgiram naturalmente os festivais em benefício da Cruz Vermelha...e dos marinheiros do Brasil. Sem falar nos bailes..." (DAMASCENO, 1975, p.79) Nesse período, há que se considerar, ainda, o cenário político interno do país, república café com leite, que fazia o eixo Rio de Janeiro e São Paulo, cidades atraentes para muitos artistas, deprimindo o teatro a um salão de baile e ringue.

Com grandes esforços financeiros públicos, em fins de 1928, o teatro foi arrendado pelo espaço de três anos, sendo que o governo se comprometeu em contrapartida a fornecer transporte de ida e volta a elencos procedentes de outras cidades e países. Mas o ambiente político interno, revolução de 30, estremecia o projeto.

Fotografia 2 – Baile de Carnaval, 1930

Fonte: Acervo Digital FTSP

Após a segunda guerra mundial, houve uma valorização das apresentações aumentando as despesas com os textos, cenografia, maquilagem e iluminação, "tudo ficou mais simples, embora mais caro". Além disso, o aperfeiçoamento da formação de atores, a revisão das técnicas e processos, e os espetáculos estrangeiros contribuíram para que os custos das apresentações fossem diferentes.

Por motivos de falta de condições de trabalho, o teatro fechou suas portas nos anos 70, mas em 1982 tornou-se uma Fundação Estadual e começou a receber recursos de outras fontes financiadoras permitindo agilizar o processo de restauração. O teatro, assim, foi reinaugurado em 1984, retornando à vida cultural da cidade. Robustos recursos federais foram bem-vindos juntamente com recursos estaduais. No entanto, o financiamento do estado não tinha muita expressão:

> ...ao assumir o governo do estado, em princípios de 1983, o Governador Jair Soares ... resolveu destinar à Fundação a modesta verba arrecadada com a comercialização dos catálogos, recém lançados sobre a história do Palácio Piratini, emocionada, disse D. Eva: reuni a equipe de trabalho e li a nota em voz alta para todos. Ao Senhor Governador esta decisão(..) pode parecer insignificante, para nós equivale a um imenso raio de luz. Para nós, tão pouco acostumados a sermos lembrados com respeito e simpatia, isto representa um amparo um apoio inestimável. A certeza de novos tempos. (DAMASCENO, 1975, p.76)

Fotografia – Obras na área externa, 1978

Fonte: Acervo Digital FTSP

Nos dias atuais, a Fundação Teatro São Pedro – FTSP recebe cerca de 70% dos seus recursos do Estado, enquanto que:

> ...os outros 30% são referentes ao aluguel do seu espaço para shows e/ou apresentações... sendo um órgão que faz parte da Secretaria da Cultura do Estado do Rio Grande do Sul, a Fundação segue as diretrizes traçadas pelo Governo que, em função de suas formas de pensar e estruturar, desenvolveu uma política de descentralização da cultura e estímulo a produção local... (JUNIOR, 2001, p.16)

No entanto, mesmo havendo repasses de recursos públicos à Fundação, nos anos 90 criou-se em paralelo à Associação Amigos do Teatro São Pedro, entidade privada que gerencia o ingresso de recursos privados para a manutenção das despesas de custeio e de capital. Nessa nova fase, percebe-se a transformação pela qual o teatro passou no ciclo de sua gestão e de sua identidade.

Nesse sentido, compreender as mudanças inerentes desse processo, onde o poder público e iniciativa privada passaram a atuar conjuntamente, e verificar os impactos que essas novas relações causaram na instituição, é o propósito da pesquisa de tese, que, nesse momento, fará uma análise do financiamento público destinado à FTSP.

4 ANÁLISE DA MEMÓRIA DAS FINANÇAS DO TEATRO SÃO PEDRO

Pelo fato da pesquisa estar ainda em andamento, o foco desse tópico se limitará a análise dos financiamentos públicos, muito embora evidências atestem a importância dos recursos privados provenientes da Associação para a conservação e expansão do Teatro São Pedro. A partir disso, faz-se uma análise dos dados da despesa orçamentária do Teatro São Pedro, estabelecida pela Lei Federal 4.320/64 do Orçamento Público, entre 2000 a 2015, em valores nominais em reais, na tentativa de observar o movimento dos repasses do estado junto à instituição.

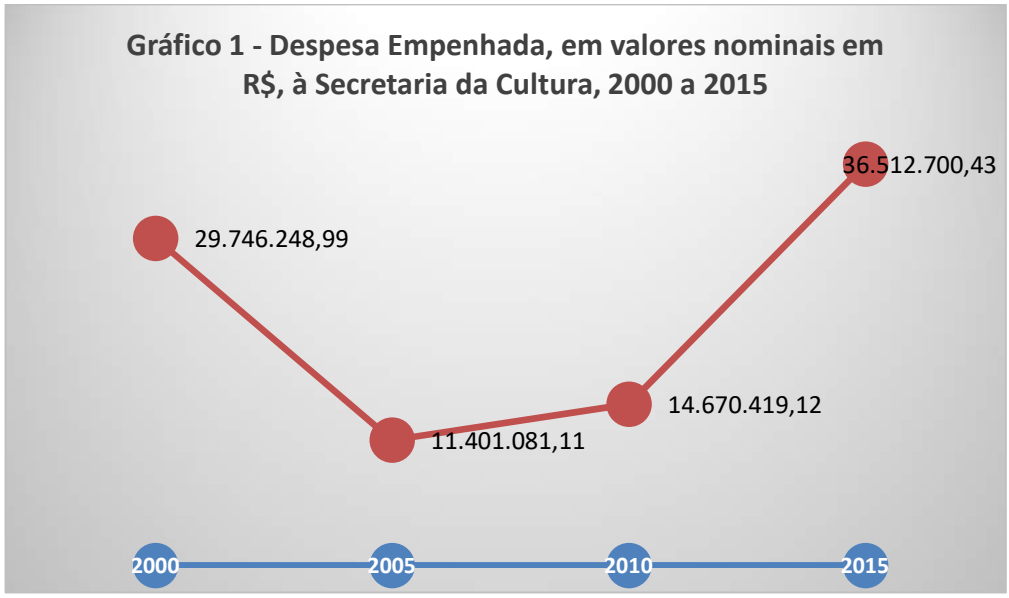
De posse dos dados disponibilizados pela SEFAZ, os recursos destinados à Secretaria da Cultura em comparação com os outros órgãos da administração direta do estado, sempre representou menos que 1 % do total, entre 2000 à 2015, o que denota a frágil prioridade dos governos a essa pasta.

Conforme se observa na Tabela 1 e Gráfico 1, a despesa empenhada por função do orçamento do estado destinada à Secretaria da Cultura, sofreu uma queda expressiva de 2000, de R$ 29.746.248,99, à 2005, de R$ 11.401.081,11. Já em 2010 recuperou um pouco e em 2015 voltou a crescer atingindo R$ 36.512.700,43.

Tabela 1 – Despesa Empenhada à Secretaria da Cultura, em valores nominais em R$, 2000 à 2015

Anos	Despesa Empenhada, em milhões de R$*
2000	29.746.248,99
2005	11.401.081,11
2010	14.670.419,12
2015	36.512.700,43

Fonte: SEFAZ (*)Valores nominais - Dez-Acumulado



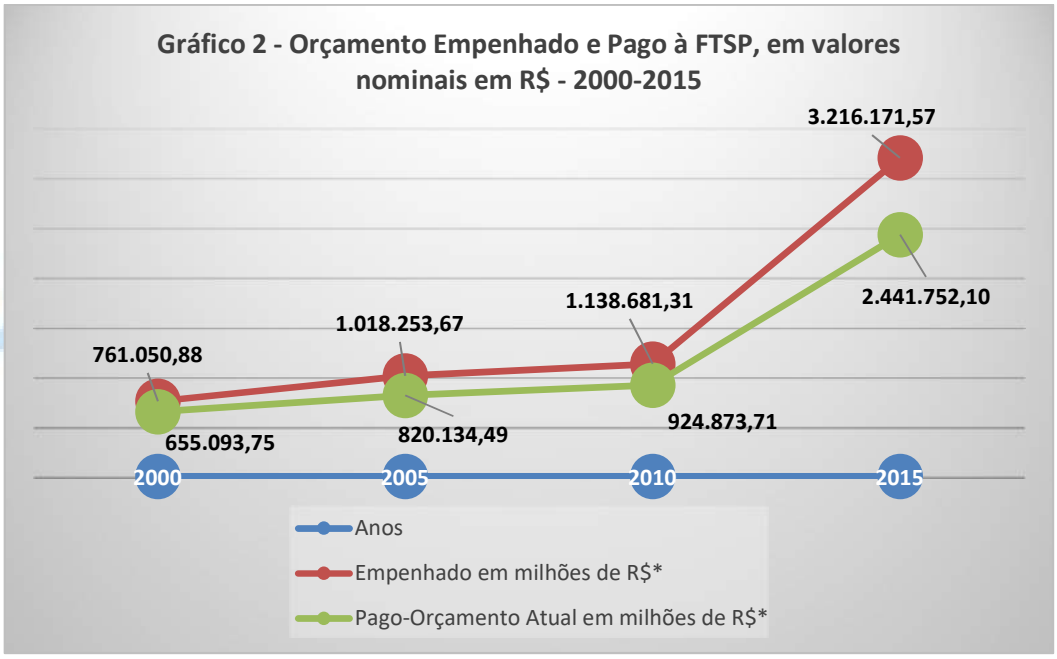
Fonte: SEFAZ

Já analisando o orçamento, especificamente do Teatro São Pedro, podemos observar uma oscilação quanto aos valores repassados à instituição. A Tabela 2 e Gráfico 2, mostram os valores empenhados e pagos.

Tabela 2 – Orçamento Empenhado e Pago
à FTSP - 2000 à 2015

Anos	Empenhado em milhões de R$*	Pago-Orçamento Atual em milhões de R$*
2000	761.050,88	655.093,75
2005	1.018.253,67	820.134,29
2010	1.138.681,31	924.873,71
2015	3.216.171,57	2.441.752,10

Fonte: SEFAZ (*)Valores nominais –Dez-Acumulado



Fonte: SEFAZ

Com relação aos valores empenhados à FTSP, entre 2000 à 2015 pode-se perceber um crescimento contínuo dos valores. No entanto, quando se analisa os valores efetivamente repassados, ou seja, pagos à Fundação, pode-se ver que em todos os anos os valores foram menores.

Fazendo uma análise do orçamento empenhado quanto ao Projeto/Atividade pode-se verificar a Tabela 3, que em 2015 a maior destinação foi para Apoio Administrativo e Qualificação da Infra-estrutura, diferentemente nos anos de 2000, 2005 e 2010 em que a maior parcela destinou-se à Remuneração do Pessoal Ativo.

Pode-se ainda ver, que entre os anos 2000 a 2010 o Projeto/Atividade com relação à Programação Artística e Cultural também recebeu atenção, mas em menor proporção, contrastando com o ano de 2015 que não recebeu recurso nesse rubrica.

Tabela 3 – Orçamento Empenhado, em valores nominais em R$ por
Projeto/Atividade à FTSP – 2000 à 2015

Projeto/Atividade	2015	2010	2005	2000
Remuneracao do Pessoal Ativo - Ftsp	951.346,69	669.807,01	0	0
Apoio Administrativo e Qualificacao da Infra-estrutura - Ftsp	2.025.484,65	354.582,26	777.575,11	576.499,99
Outras Contribuicoes Patronais - Ftsp	235.787,98	105.986,54	0	0
Contribuicao Patronal Para O Rpps Rs - Ftsp	0	0	0	0
Contribuicao Patronal Ao Fas Rs-ipergs - Ftsp	3.552,25	0	0	0
Programacao Artistica e Cultural	0	8.305,50	240.678,56	184.550,89
Total	**3.216.171,57**	**1.138.681,31**	**1.018.253,67**	**761.050,88**

Fonte: SEFAZ

Já analisando os dados do orçamento relativo ao Projeto/Atividade Pago reforça-se que em 2010 e 2015, Tabela 4, o governo do estado efetivamente destinou maior pagamento ao Apoio Administrativo e Qualificação da Infra-estrutura em primeiro lugar, e à Remuneração do Pessoal Ativo em segundo lugar. Com relação à Programação Artística e Cultural, os valores pagos nos anos de 2000, 2005 e 2010 foi efetivado, mas não no mesmo montante do valor do Empenho.

Nesse sentido, pode-se concluir, a partir dos dados da SEFAZ, que os repasses estaduais à FTSP nunca coincidiram com o orçamento planejado, o que fragiliza a instituição frente as suas despesas fixas e variáveis. Dessa forma, a FTSP obriga-se a buscar outras fontes que possam suprir suas necessidades, provenientes de recursos federais, de incentivo da lei Rouanet e da Associação Amigos do Teatro São Pedro.

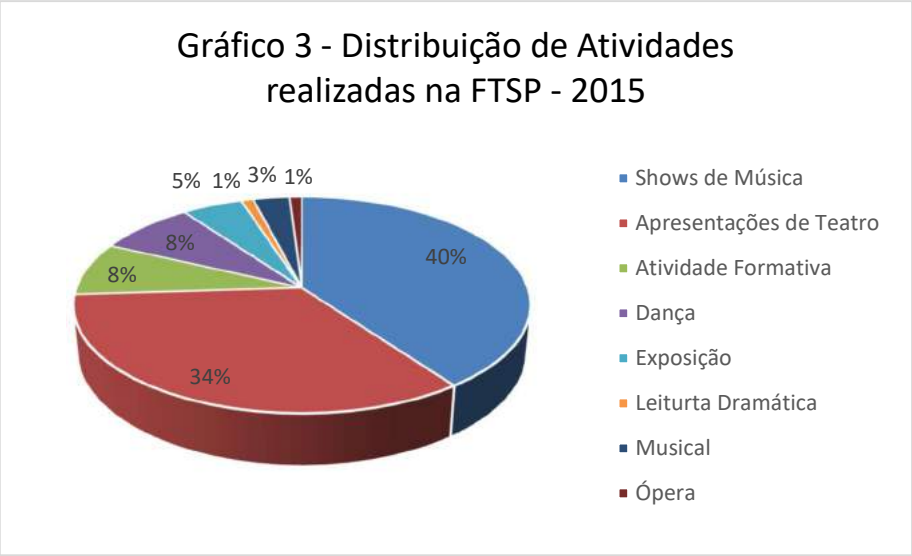
Tabela 4 – Orçamento Pago, em valores nominais em R$ por Projeto/Atividade à FTSP – 2000 à 2015

Projeto/Atividade	2015	2010	2005	2000
Remuneracao do Pessoal Ativo - Ftsp	749.113,19	503.560,52	0	0
Apoio Administrativo e Qualificacao da Infra-estrutura - Ftsp	1.453.843,61	321.388,55	633.599,55	502.375,85
Outras Contribuicoes Patronais - Ftsp	235.516,30	92.587,10	0	0
Contribuicao Patronal Para O Rpps Rs - Ftsp	0	0	0	0

Contribuicao Patronal Ao Fas Rs-ipergs - Ftsp	3.279,00	0	0	0
Programacao Artistica e Cultural	0	7.337,54	186.534,74	152.717,90
Total	**2.441.752,10**	**924.873,71**	**820.134,29**	**655.093,75**

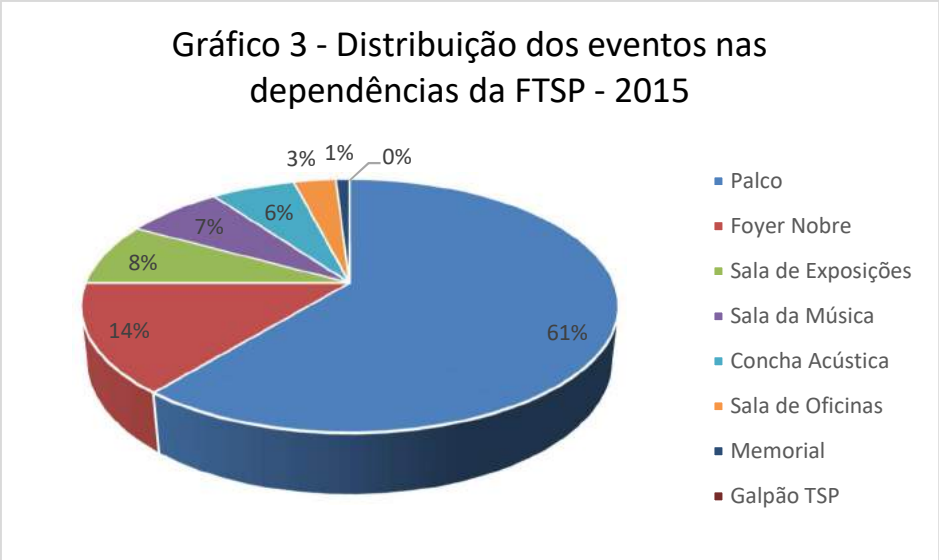
Fonte: SEFAZ

Mesmo com esses orçamentos diminutos, o Relatório de Gestão da Secretaria da Cultura, de 2015, mostrou que a FTSP teve um total de atividades intenso em relação ao público, conforme Gráfico 3, entre eles: os Shows de Música(40%), apresentações de Teatro(34%), Atividade Formativa (8%), Dança(8%), Exposição (5%), Leitura Dramática (5%), Musical, (3%) e Ópera (1%). (2015, p. 39)



Fonte: SEDAC

Outros dados que chamam a atenção, Gráfico 3, no mesmo Relatório, indica que o total de eventos assistidos nas dependências foram alocadas da seguinte forma: Palco (61%), Foyer Nobre (14%), Sala de Exposições (8%), Sala da Música (7%), Concha Acústica (6%), Sala de Oficinas (3%),Memorial (1%)e Galpão TSP (0%). (2015, p. 40)



Fonte: SEDAC

5 CONCLUSÃO

De posse desses dados preliminares sobre a despesa orçamentária destinada a FTSP juntamente com os dados da SEDAC, pode-se perceber que ao mesmo tempo que o estado destina valores muito reduzidos à FTSP, o teatro consegue gerar uma diversidade grande de atividades culturais com a participação de um público que valoriza a apresentações como elemento fundamental para o desenvolvimento cultural. No entanto, uma melhor compreensão das despesas do Teatro São Pedro, através da análise de recursos da Associação também se faz necessária, para entender as relações existentes entre as diversas fontes financiadoras. Assim, o estudo não se esgota nesse momento.

Ao longo de sua existência, o Teatro tem enfrentado transformações de ordem política e econômica, mas o interessante é que mesmo com recursos públicos escassos, o Teatro São Pedro continua a ser um palco imponente para a preservação e estímulo da cultura local.

REFERÊNCIAS

ASSMANN, Aleida. Espaços da Recordação – formas e transformações da Memória Cultural. Campinas: editora da UNICAMP, 2011.

DAMASCENO, Athos (org). O Teatro São Pedro na vida cultural do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Departamento de Assuntos Culturais da SEC, 1975.

HALBWACHS, M. A memória coletiva. São Paulo: Centauro, 2006.

POLLACK, M. Memória e identidade social. Estudos Históricos: Revista da Associação de Pesquisa e Documentação Histórica, v. 5, n. 10, p. 200-212, 1992. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/1941>

TEATRO SÃO PEDRO: ÁLBUM ILUSTRADO COMEMORATIVO DE SUA REINAUGURAÇÃO. Porto Alegre, Editora Gráfica Metrópole, 1984.

TEATRO SÃO PEDRO 150 ANOS. Porto Alegre: Agência RBS, 2008.

RELATÓRIO DE GESTÃO. Balanço das principais ações realizadas em 2015. Secretaria de Estado da Cultura do Rio Grande do Sul SEDAC , 2015

JUNIOR, F P S; PACHECO, F L; GONÇALVES, J C S e MENEZES, M F F. Administração de organizações culturais na nova ordem cultural: um estudo em museus e teatros das cidades de Recife e Porto Alegre. Organização e Sociedade, v. 8, no. 20, 2001. Disponível em < http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/viewArticle/10568>

UNILASALLE
CANOAS-RS

A INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL

Mariana Viale Pereira[1]

RESUMO: Na perspectiva tradicional, a ilicitude era construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. No Código de 2002 foi cortada a automaticidade da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss), e entre ilicitude civil e dano. O art. 187 do Código Civil brasileiro é uma cláusula geral, formada por conceitos abertos que aumentam o espaço reservado ao aplicador do direito, quando da concreção da norma, no estudo do caso concreto. As consequências de aplicação do dispositivo, portanto, analisando o caso concreto, em sendo ultrapassados os limites da boa-fé, dos bons costumes e do fim social e econômico no exercício do direito, é a verificação da ilicitude do ato. E a ilicitude pode gerar – se houver dano – o dever de reparar, caso em que seria reconhecida a responsabilidade civil do agente com fulcro no art. 187 c/c art. 927 do CC. Ocorre que o artigo 187, se apresentando como uma cláusula aberta pode ser interpretado à luz de orientações diversas, quais sejam: teoria interna e teoria externa. Pela teoria interna, o exercício dos direitos é limitado pelo próprio direito subjetivo, internamente. Pela teoria externa, pode haver restrição a direito subjetivo como produto de ponderação pelo conflito entre liberdades. Embora se reconheça a possibilidade da adoção da teoria interna, não se pode afastar a correção na adoção de uma teoria externa.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude. Cláusula geral. Teoria interna. Teoria externa.

1 INTRODUÇÃO

Já no Direito Romano, a *aemulatio* consistia no exercício de um direito, sem utilidade para o seu titular, com o propósito especifico de prejudicar outrem. Tais atos, geralmente ligados com o direito de vizinhança, já eram reconhecidos e, pontualmente, combatidos. (CORDEIRO, 2009, p.68-69). Também no Direito Romano a *exceptio doli specialis* residia concretamente na anulação do ato negocial, cuja validade fosse tentada fazer atuar por, na sua base, haver declaração de vontade extorquida com dolo e podia, contudo, consistir antes em indenização arbitrada por ocorrência de práticas danosas ilícitas. O desenvolvimento posterior desse instituto aproveitaria a *exceptio doli generalis* como modo de deter atos abusivos. Ela seria, ainda, reintroduzida na Alemanha, no fim do século XIX, como esquema geral que visava dar corpo ao abuso de direito (CORDEIRO, 2009, p.69).

Apesar de o Código Napoleão não referir a emulação ou atos abusivos, ou qualquer manifestação direta do instituto em questão, e a expressão abuso de direito ter sido introduzida pelo belga Laurent (CORDEIRO, 2009, p. 70-71), foi na tradição francesa, que a teoria do abuso de Direito se desenvolveu a partir da análise de casos jurisprudenciais, ganhando notoriedade pelos estudos de Louis Josserand. Este defendia que: "O século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material" (JOSSERAND, 1941, p.549). E, continua o referido autor aduzindo que, desprovidos de da segurança material aspiramos ainda mais a segurança jurídica. E nesse ínterim, refere que "o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a formula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos"(JOSSERAND, 1941, p.549). Trazendo, portanto, como primeira causa do progresso da responsabilidade, a de ordem social que é ao mesmo tempo de ordem cientifica e mecânica, uma vez

1 Mestranda da UFRGS, *marianaviale@tj.rs.gov.br*

que o acidente não aparecia mais como decorrência do destino, mas como ato – direto ou indireto – do homem (JOSSERAND, 1941, p. 550). A partir desse pressuposto geral o autor desenvolveu a teoria do abuso do direito, entendo-a capaz de "alargar o domínio da culpa, admitindo que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito de culpa e que é cometer um delito civil exercer seu direito de certa maneira, por um motivo qualquer, notadamente se visando prejudicar a outrem"(JOSSERAND, 1941, p. 552).

Defende que os direitos são concedidos pelo Estado, não para que se faça uso deles de forma discricionária, mas visando um fim determinado. Destaca que, uma vez que são instituídos pela sociedade, têm missão social a cumprir, ou seja, uma aspiração, um destino, dos quais não devemos nos afastar. Assim, quando exercemos os direitos para prejudicar outrem, estamos os desviando de seu caminho, e cometendo uma falta que importa em responsabilidade, não sendo exato dizer, portanto, que somos responsáveis apenas quando agimos sem direito(JOSSERAND, 1941, p. 552). Salienta que a teoria do abuso do direito ganhou aplicabilidade na jurisprudência, noticiando alguns casos que se tornaram célebres, como o caso julgado pelo Tribunal de Apelação Francês de Colmar, em 02 maio de 1855, em que foi condenado o proprietário que construiu uma chaminé absurda, para obscurecer os fundos do prédio vizinho, bem como o caso julgado em 03 de agosto de 1915, em que foi condenado o proprietário que levanta num terreno obras eriçadas de pontas destinadas a prejudicar os voos dos dirigíveis saídos do hangar vizinho (JOSSERAND, 1941, p. 552). Entende referido autor que com a teoria do abuso do direito "é um campo imenso que se abre a culpa, que não recua mais diante da existência de um direito mas investe contra o seu exercício, se ele degenera em abuso: a culpa no exercício de um direito torna-se noção pratica e corrente"(JOSSERAND, 1941, p. 553).

No período em que a teoria se progredia, também se desenvolveu importante crítica doutrinária, sendo um dos principais expoentes, Marcel Planiol. O autor questionou a própria existência jurídica do abuso de direito. Sustentou que o direito cessa onde começa o abuso, não podendo um ato ser simultaneamente conforme e contrário ao direito. Não concordando referido autor com a nomenclatura abuso do direito. Refere que o direito subjetivo existe nas margens da lei e do Direito, sendo que se ultrapassados os seus limites já não há direito. Assim, não haveria porque se falar em abuso, uma vez que o direito cessa onde começa o abuso, de modo que não poderia haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não poderia ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito (PLANIOL, 1902, p. 870).

A tradição alemã, por sua vez, exerceu sua influência na redação do art. 187. No BGB, § 226, previa a proibição de chicana, concebido "como: o exercício de um direito é inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem". Mas, sendo tal preceito muito restritivo, teve aplicação escassa (CORDEIRO, 2009, p. 73). O § 826 do BGB estabelece que: "Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano". Apesar desse segundo preceito não ter aparentemente nada a ver com o exercício dos direitos, a doutrina passou a cumulá-lo com ao § 226. Apesar de mesmo assim não se considerar satisfatória a solução encontrada, conforme os ensinamentos de Antônio Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2009, p. 74), a tentativa de aproximação entre o abuso e os bons costumes influenciaria outros ordenamentos, como o austríaco, o grego e, mediatamente, o português – este com influência direta no brasileiro, como em seguida se analisará. Ressalva ainda o referido autor que, o abuso de direito – ou um conteúdo correspondente a essa expressão – se desenvolveu, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos – *exceptio doli, venire contra factum proprium, supressio e surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque*e outros. E, posteriormente, todos esses conceitos reconduzidos à ideia de boa-fé. Trata-se, portanto, de um instituto que se desenvolveu na periferia, perante questões concretas (CORDEIRO, 2009, p. 68-74).

A recepção no Código Civil Português dessa doutrina, no artigo 334, se deu com a inclusão – quase sem alterações - do artigo 281 do Código Civil Grego, este, por seu turno, derivado do pensamento

jurídico alemão. Tem-se, portanto, que a previsão do art. 187 do Código Civil brasileiro, deriva, indiretamente também dessa influência germânica.

Comparando os três artigos – grego, português e brasileiro – José de Oliveira Ascensão salienta que nos três textos existe a previsão de que o titular exceda *manifestamente* os limites do *exercício* e também nos três há a referência a *boa-fé*, aos *bons costumes* e ao *fim econômico ou social*. Entretanto, o Código grego qualifica este exercício como *proibido*, o Código Civil português como *ilegítimo* e o Código brasileiro como *ilícito* (ASCENSÃO, 2006, p. 31).

A previsão do art. 187 do Código Civil brasileiro, deriva, assim, indiretamente também dessa influência germânica. Trata-se de uma cláusula geral, formada por conceitos abertos que aumentam o espaço reservado ao aplicador do direito, quando da concreção da norma, no estudo do caso concreto. O que está alinhado às intenções dos legisladores, nesse sentido, esclarece Miguel Reale no prefácio do livro História do Novo Código Civil:

> Todavia, se é dada a devida atenção a valores pretéritos, não se deixa de realçar as novas disposições que, além de representarem as mais avançadas diretrizes do Direito Civil contemporâneo, assinalam a passagem do Código de 1916, destinado a uma sociedade predominantemente individualista e agrária, para um outro em que prevalece a concepção social do Direito, dando-se preferência a cláusulas ou normas gerais que abrem maior campo de ação à Hermenêutica Jurídica, conferindo ao juiz poder maior para adequar os casos concretos aos ditames da justiça social (REALE, 2005).

Contudo, ressalta José Carlos Moreira Alves:

> No entanto, quando se fala em cláusulas abertas, isso não quer dizer que se esteja dando arbítrio a este ou àquele magistrado, mas, sim, estabelecendo-se certos princípios que são controláveis, embora dêem uma margem de flexibilidade que permita justamente essa adequação dos princípios que vêmnum Código como o Código Civil – e no mundo inteiro se observa isso – é um Código de uma permanência bastante larga (MOREIRA ALVES, 2005, p. 18).

Esclarece, ainda, Maria Cláudia Cachapuz, as vantagens do uso de cláusulas gerais:

> A função de progresso é refletida ainda na constante possibilidade de atualização do enunciado dogmático proposto por meio de uma cláusula geral. Em se tratando de um instrumento que confere abertura à interpretação, porque conduz o intérprete a se apropriar de um conteúdo de historicidade - já que remete às respostas criadas progressivamente pela jurisprudência - permite uma atualidade constante às soluções jurídicas, inclusive para que possam refletir o momento contemporâneo de atividade de um determinado corpo normativo. Desta forma, ao criar uma cláusula geral, reconhece o legislador o campo fértil relacionado à eficácia de qualquer norma jurídica, capaz de atingir efeitos por vezes inimagináveis quando da etapa de sua elaboração. Dada a possibilidade de superação do próprio significado gramatical de um texto de lei pelos efeitos gerados ou identificados pelo simples desenvolvimento dos fatos – atingindo uma função semântica e analítica do texto – o legislador antecipa, por meio de cláusula geral, a intenção de progresso ao enunciado normativo (CACHAPUZ, 2015B).

Antecipadas as intenções do legislador com a utilização de enunciados normativos abertos e ressalvadas algumas das possibilidades que essa abertura acarreta, retorna-se a análise do tipo do artigo 187, a fim de analisar, primeiro, sua natureza e, posteriormente, seus núcleos, que servirão como critérios, para balizar os limites do exercício do direito, referidos na norma.

2 RUPTURA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE 1916: DESVINCULAÇÃO DA NOÇÃO DE ILICITUDE DO ART. 187 COM O DEVER DE INDENIZAR, O DANO E A CULPA

Para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio.

Com o Código de 2002, houve uma verdadeira ruptura com a ideia tradicional: foi cortada a automaticidade da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss), e entre ilicitude civil e dano (MARTINS-COSTA, 2015).

Esclarece também Moreira Alves:

> Pois bem, então, este dispositivo, que é o 186, apresenta esses dois pontos violar direito e causar dano, e a outra é o dano moral expresso. E o 187 trata do abuso de direito, configurando o que se entende por abuso de direito, e qual é a consequência dele, o que também era muito discutível em matéria doutrinária (...). Uma observação importante: esse ato ilícito de abuso de direito não requer os elementos subjetivos que são requeridos pelo artigo anterior, que são aqueles dois. A culpa em sentido lato, abrangendo o dolo e a culpa em sentido amplo, e a imputabilidade que nada mais é do que a capacidade de delinquir, de praticar ato ilícito absoluto. Esse abuso de direito não exige isso, só exige o nexo de causalidade, levando em consideração o fim social ou econômico do negócio, a boa-fé e os bons costumes. (MOREIRA ALVES, 2005, p. 35).

As consequências de aplicação do dispositivo, portanto, analisando o caso concreto, em sendo ultrapassados os limites da boa-fé, dos bons costumes e do fim social e econômico no exercício do direito, é a verificação da ilicitude do ato. E a ilicitude pode gerar – se houver dano – o dever de reparar, caso em que seria reconhecida a responsabilidade civil do agente com fulcro no art. 187 c/c art. 927 do CC. No entanto, não prevendo o referido artigo a necessidade de culpa ou de dano, para o preenchimento do tipo, se não houver dano e independentemente de culpa, o reconhecimento da ilicitude pode interessar para fazer cessar o exercício do direito simplesmente, alcançando assim uma tutela inibitória. Nesse contexto, quando refere os possíveis efeitos jurídicos do reconhecimento, com o preenchimento do tipo do art. 334 do Código Civil português, Ascensão refere:

> Para além da interpretação, desenham-se casos de oposição à prática do ato abusivo; de admissibilidade da exceção de não cumprimento, tendo havido cumprimento eivado de abuso; de reconstituição natural da situação abusivamente alterada, fora de toda a invocação de perdas e danos; de tutela provada contra o ato abusivo; e porventura da constituição em benefício da contraparte de uma situação jurídica contrária à situação abusivamente criada (ASCENSÃO, 2010, p. 228).

O abuso de direito ou, melhor, exercício inadmissível, portanto, "constitui instituto surgido em diversas manifestações periféricas, para resolver problemas concretos"(CORDEIRO, 2009, p. 89-90). Dessa sorte, a ilicitude prevista no art. 187 não basta para impor como consequência necessária a responsabilidade civil. A consequência comum desses modos de exercícios – contrários à boa-fé, aos bons costumes, ou ao fim econômico ou social – seria assim a irregularidade. E sendo irregular, o exercício pode ser proibido, ou seja, pode ser utilizada a ação inibitória (ASCENSÃO, 2015, p. 41).

José de Oliveira Ascensão diferencia, no direito brasileiro, ilícito em sentido restrito e ilícito em sentido lato. Em sentido restrito haveria a figura contemplada no art. 186[2], tratando-se assim de um ilícito subjetivo, exigindo dolo ou culpa, e que tem em vista a responsabilidade civil, pois refere

2 Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

expressamente o dano. Em sentido lato, porém, haveria um entendimento objetivo da ilicitude, como contrariedade a preceito jurídico, mas independentemente do estado de espírito do agente. O art. 187 emana desse conceito amplo e objetivo de ilicitude. Não indagando se o exercício se fez com base em dolo ou negligência, ou não. Para que a conduta seja atingida por aquela previsão não há que discutir se o sujeito percebeu de que contrariava os bons costumes, se pretendia ou não violar a função econômica ou social, se julgava ou não atuar corretamente ou contrariamente à boa-fé objetiva (ASCENSÃO, 2015, p. 40).

Igualmente, já em 1924 Pedro Baptista referiu em seu livro:

> O exercício de um direito, nos limites traçados pela lei, não poderia ser ilícito, qualquer que fosse a intenção daquele que o exerce. Admitir que se possa investigar a intenção do agente para apurar e avaliar a legitimidade dos móveis que teriam determinado o exercício do seu direito é restabelecer a confusão entre o direito e a moral e transformar o juiz em censor, substituindo a lei pelo seu arbítrio (MARTINS, 1997, p. 126).

Porém, quando em conflito entre direitos, o art. 187 prevê os critérios distintos para ponderação: a contrariedade à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social do direito. Nessa medida:

> Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, éfundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, para análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu querer aparecer (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social) (CACHAPUZ, 2015ª, p. 13-14).

As noções de fim econômico e social, boa-fé e bons costumes, presentes no artigo 187, constituem conceitos jurídicos indeterminados que precisam ser preenchidos, para que se alcance a abrangência do tipo legal, na medida em que servirão como parâmetros para regular comportamentos ilícitos.

Ascensão, aproximando a figura da boa-fé, considera que, para efeitos do art. 187, trata-se de boa-fé objetiva. Refere que a boa-fé diz respeito a conjunturas de relação, impõe padrões de correção que devem presidir o relacionamento das pessoas, traduzindo-se assim em regras de conduta. E, no caso do art. 187, essas regras de conduta referem-se ao exercício dos direitos. Menciona que, tenha ou não estado no espírito do legislador histórico, a boa-fé tem amplitude suficiente para abranger sem distorção essas figuras também. Não lhes dá regime autônomo, mas este resultará da análise individualizada, que dissemos ser indispensável, dessa categoria. (ASCENSÃO, 2015, p. 40).

Para entender a aplicação prática da boa-fé objetiva, impõe-se também o enfrentamento de, pelo menos, quatro conceitos desenvolvidos pelo direito alemão, conforme o entendimento de Menezes Cordeiro(CORDEIRO, 2009, p. 77-89). Primeiro, o *venire contra factumproprium*, que se refere a duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si, mas diferidas no tempo, sendo que uma contradita a outra, sendo, portanto, contraditórias ou opostas. Daí derivando o princípio de confiança, na medida em que o ato posterior seria proibido quando afrontasse uma situação de confiança legítima criada pelo ato anterior do agente. Exige assim um tratamento coerente. Refere Menezes Cordeiro que: “Na verdade, o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na

manutenção de um certo estado de coisas"(CORDEIRO, 2009, p. 79). Continua dito autor que a tutela de confiança, apoiada na boa-fé, embora convincente, só pode operar na ausência de preceitos jurídicos, quando se apresentarem reunidos pressupostos especiais, que seriam: 1º. uma situação de confiança; 2º. uma justificação para essa confiança; 3º. Um investimento de confiança; 4º. Uma imputação da situação de confiança.

Segundo, a inalegabilidade formal, que se refere a situação da pessoa que, por exigências do sistema, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causado por vício de forma e nesse sentido assevera o autor que a inalegabilidade exige, de início, os quatro pressupostos da tutela de confiança, exigidos no *venire*, além de mais três requisitos: 1º. devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas, não também os de terceiros de boa-fé; 2º. a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; 3º o investimento de confiança deve apresentar-se sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via(CORDEIRO, 2009, p. 81).

Ainda e terceiro, a *supressio* (supressão) alcança manifestações típicas de "abuso do direito" nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outro modo, estaria se contrariando a boa-fé(CORDEIRO, 2009, p. 83).

Quarta, o *Tu quoque* (também tu!) – curiosamente a exclamação de espanto e crítica usada por Júlio Cesar quando de seu assassinato no Senado de Roma percebeu que seu próprio filho adotivo Brutos se encontrava entre os conjurados – exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem incorrer em abuso prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada(CORDEIRO, 2009, p. 83).

Entretanto, considerando-se que o artigo 187 se apresenta como uma cláusula aberta, referido dispositivo pode ser interpretado à luz de orientações diversas, quais sejam: teorias internas e teoria externa[3]. Pela teoria interna, o exercício dos direitos é limitado pelo próprio direito subjetivo, internamente. Pela teoria externa, pode haver restrição a direito subjetivo como produto de ponderação pelo conflito entre liberdades.

3 INTERPRETAÇÃO DA ILICITUDE E FORMAS DE AFERIÇÃO DO EXERCÍCIO JURÍDICO NOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL

3.1 Teoria interna

As teorias internas surgiram com a própria ideia de abuso do direito, enquanto as externas reconhecem apenas uma limitação comum ao exercício dos direitos – quando da aplicação da norma ao caso concreto – que por razões históricas teriam sido enquadradas como abuso de direito.

Para as teorias internas, a limitação estaria já no conteúdo do direito subjetivo, este, na medida em que concedido pela sociedade aos seus titulares, já conteria limites intrínsecos, que no seu exercício deveriam ser respeitados. Ultrapassados tais limites internos dos próprios direitos, configurar-se-ia o abuso do direito ou exercício inadmissível de posição jurídica.

Segundo Menezes Cordeiro, as teorias internas, que abarcariam o abuso em sentido próprio, na medida em que a interioridade exprimiria uma essência, podem conduzir a três concepções de abuso do direito: a doutrina dos *actos emulativos*; as doutrinas funcionais e as doutrinas interpretativas. Assim, a doutrina dos *actos emulativos* manda computar no exercício jurídico-subjetivo, a concreta intenção do

3 Contraposição sugerida por Wolfgang Siebert, VerwirkungundUnzulässigkeit der Rechtsausübung (1934), 85 ss.

titular do direito. E, sendo a intenção exclusivamente maléfica de causar prejuízos a outrem, surgiria o abuso. Necessária a análise do caso concreto, portanto(CORDEIRO, 2009, p. 90-91).

As doutrinas funcionais tem sua origem em Josserand, entendendo que os direitos subjetivos são concedidos com uma determinada função, e que o abuso decorreria do desrespeito dessa função. Ressalte-se que a função de cada direito deveria ser buscada no interior da norma que compunha o próprio direito. Refere ainda Menezes Cordeiro que as orientações funcionais podem ser ordenadas em doutrinas da função pessoal e doutrinas da função social. Sendo que para as primeiras, o direito seria conferido para que, dele, o próprio sujeito retirasse utilidades, enquanto que para as segundas, o direito subjetivo teria, subjacente, um programa de exercício em prol da sociedade (CORDEIRO, 2009, p. 90-91).

Para Josserand, o direito é dado pelo Estado ou, pelo menos, o Estado tem a função de fazer com que o direito subjetivo não ultrapasse seus próprios limites, ou seja, a finalidade para o qual foi concebido (JOSSERAND, 1941, p. 552).

Menezes Cordeiro refere terem as teorias interpretativas sucedido às teorias funcionais. Menciona que se houver um direito subjetivo, há de se perguntar, simplesmente, até onde vai a permissão normativa por ele pressuposta e se, associados à permissibilidade básica da situação, não surgem alguns deveres. Afirma que essa saída torna-se mais fácil em razão do predomínio de orientações teológicas, objetivas e "atualistas", na interpretação e na aplicação do Direito. Refere o autor que o que, de início, traduzia um direito subjetivo com determinada configuração, pode, tempos volvidos, mercê do respeito requerido pelo escopo real da lei e consideradas as circunstâncias do tempo em que é aplicado, exprimir uma realidade diferente. Destacando que, no fundo, nada mais haveria do que um tema de interpretação. Relata, no entanto, que o fazer desembocar o abuso do direito num problema de interpretação, representa uma saída puramente formal para o problema, uma vez que não se dá qualquer critério material para a resolução de questões, procedendo-se, apenas, a deduções logicistas sucessivas de umas posições para outras(CORDEIRO, 2009, p. 93-94).

Consoante Pedro Baptista Martins, está confiada à teoria do abuso do direito a importante missão de equilibrar os interesses em luta e de apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando, como anti-sociais, todos os atos que apesar de praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade desta mesma lei (MARTINS, 1997, p. 07). Refere que, para a caracterização do abuso do direito, é necessário que a lei considere como ato gerador da responsabilidade civil aquele que, embora praticado dentro dos limites concretos do direito, exorbite, porém de seus limites subjetivos (MARTINS, 1997, p. 81).

3.2 Teoria externa

Já para a teoria externa os direitos são usados livremente, partindo-se da ideia geral de liberdade, e a ideia da limitação do exercício do direito se apresentaria e se esgotaria na aplicação da norma. Assim, não se falaria em função no corpo da norma ou no direito, mas função a ser buscada – com base nos critérios presentes no tipo legal – quanto da interpretação da norma no caso concreto em vários domínios (ASCENSÃO, 2010, p. 225).

Na aplicação da teoria externa, tem-se o ato é ilegal se não se der conforme os padrões objetivos de comportamento, baseado nos critérios de boa-fé, bons costumes e fim econômico e social, independentemente da finalidade do agente.

E nesse sentido esclarece José de Oliveira Ascensão: "O princípio da autonomia privada impede uma intromissão cerrada no controle do exercício dos direitos. Só quando houver um excesso manifesto se justifica essa intromissão do exterior"(ASCENSÃO, 2010, p. 225). Entendendo que a exigência corresponde a uma imposição de segurança que se manifesta normalmente até com termos semelhantes (ASCENSÃO, 2010, p. 225).

Também nesse sentido Manuel Atienza esclarece que são ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra, já que *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão, contudo, em razão de sua oposição a algum princípio ou princípios, essa conduta se converte – uma vez considerados todos os fatores – em ilícita. Refere que isso é o que acontece com o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder (ATIENZA, 2014, p. 27).

Menciona que o primeiro problema que o abuso de direito traz é o de determinar qual a classe de ações que podem ser qualificadas de abusivas sob determinadas condições ou circunstâncias e de quais são as condições ou circunstâncias que impõem tal classificação. Afirma que qual seja a classe pertinente de ações é algo que, de início, admite uma resposta simples: trata-se de ações que, *prima facie*, constituem casos de exercício de um direito subjetivo e que são, portanto, ações, de igual forma, *prima facie* permitidas (ATIENZA, 2014, p. 35).

Aduz que quando os destinatários são juízes, os princípios servem de guia de comportamento quando não existem regras específicas que se apliquem a um caso, quando essas sofrem de indeterminação em sua formulação, ou quando aparece algum tipo de desacordo entre as regras e os princípios que as justificam. Em tais supostos, o juiz leva a cabo uma ponderação entre princípios cujo resultado é precisamente uma regra. Destaca, ainda, que os princípios em sentido estrito incorporam valores considerados como últimos pelo ordenamento jurídico (ATIENZA, 2014, p. 22).

É preciso dizer que não se pode tratar de razões de mera diretriz, de razões utilitárias que apelem à maximização de uns ou outros interesses coletivos. Uma ação não pode ser considerada abusiva simplesmente porque não é ação que, entre as possíveis, produz a maior utilidade social, nem tampouco em razão da escassez de sua utilidade social. O espaço de autonomia individual garantido pelas regras da propriedade apenas é esse espaço de autonomia individual se cada um pode tomar suas decisões e atuar dentro desse espaço perseguindo seus próprios interesses e sem necessidade de tomar em consideração em cada caso de que forma tais decisões e ações podem afetar interesses de outras pessoas ou interesses coletivos (ATIENZA, 2014, p. 47).

Partindo-se do tipo legal do referido artigo, pretende-se que seja respeitado o conteúdo da norma e não eventual função implícita do direito. Busca-se dessa forma, que o exercício seja correto, com uma aplicação dirigida ao conteúdo das condutas, e não de eventual função previamente vinculada ao direito e que estaria subentendida.

Talvez se explique o fato de a lei brasileira ter qualificado aqueles atos como ilícitos, uma vez que se baseia num conteúdo do exercício que vai contra um princípio geral do Direito. Mas com isso também se afasta da figura do abuso do direito, em que a consequência da ilicitude é bastante mais duvidosa. “Dessarte: verificamos que todas as categorias previstas no art. 187 não se confundem, afinal, com o clássico abuso do direito”(ASCENSÃO, 2015, p. 2015).

Maria Cláudia Cachapuz, esclarecendo que quando se propõe uma leitura do art. 187 do Código Civil, pode-se questionar em que medida esta leitura conduz a uma finalidade específica, de limitação de uma situação concreta de liberdade. Ou seja, “pode-se questionar de que forma a leitura pode levar à garantia de um princípio de liberdade, independentemente, desde logo, de uma determinada finalidade material à construção da razão prática”(CACHAPUZ, 2015A).Destaca que se pode partir de uma concepção limitada de liberdade, em que não existe dissociação entre direitos e restrições, pressupondo-se sempre um determinado conteúdo a todo o direito e a toda situação de liberdade. Ou, por outro lado, se pode entender que a restrição possível a todo direito subjetivo – e, principalmente, a um direito fundamental do indivíduo – é independente da própria existência do direito, sendo externa a ele e exigindo uma concepção de liberdade *a priori* ilimitada, ou seja, passível de restrição apenas quando pressuposta a situação de conflito no caso concreto. Sendo que, nesse caso, a proteção de um direito subjetivo é o resultado de uma situação prévia de ponderação entre direitos e liberdades apreendidos do ponto de vista formal, que se tornam objeto de construção de uma razão prática em face de uma situação concreta de análise (CACHAPUZ, 2015A).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo 187 é uma cláusula aberta na linha das intenções do legislador do novo código e, como toda cláusula aberta, garante uma maior flexibilidade ao jurista na aplicação do direito ao caso concreto, bem como uma atualização e progresso constante do direito, sem deixar de lado a tradição até então alcançada pelo ordenamento vigente – garantida justamente através de elementos indeterminados constantes no tipo legal, no caso do art. 187, a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social.

Contudo, a abrangência e o alcance que vai ser conferido ao dispositivo legal, depende da teoria adotada na leitura do texto. Na teoria interna, a ilicitude seria determinada pelo conteúdo do direito subjetivo, que poderia ser limitado quando o titular exceder os limites previamente estabelecidos pela sociedade. Entendendo-se que a sociedade teria concedido o direito ao indivíduo e que, por isso, o concederia, desde que o seu uso estivesse vinculado a uma certa finalidade social, baseada inclusive numa ideia de solidariedade que vincularia o convívio social. Nesse sentido, se verificaria o fim econômico ou social, a boa fé e os bons costumes, como limites ou parâmetros previamente demarcados socialmente para se atingir determinada finalidade.Em contraposição, acolhendo-se uma teoria externa, entender-se-ia que tais conceitos – boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social – apenas orientariam uma conduta universal, devendo ser analisados do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito concreto de interesses.

Nesse sentido, tem-se que a adoção de uma concepção externa contribui ao art. 187 do Código Civil, pois confere a este a perspectiva de exame do ato ilícito a partir de um princípio formal, ou seja, de um princípio que, fundado sobre a liberdade na relação exterior e submetido a uma permanente confrontação pela razão prática, exige no plano abstrato apenas um requisito de universalização: todo agir humano deve ser promovido de forma a querer tornar-se uma lei universal, independente do fim proposto (CACHAPUZ, 2006, p. 233). Em clara referência à máxima kantiana: age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal – seja qual for o fim a que ela se propõe (CACHAPUZ, 2015A).

Partindo-se de uma ideia geral de liberdade se busca estabelecer espaços próprios -e nessa medida incentivar as diferenciações particulares -, apenas procurando compatibilizar o particular e o universal, quando se fizer necessário compatibilizar liberdades em conflito. A defesa de uma liberdade, *a priori* ilimitada (ALEXY, 2006, P. 252), não é suficiente para justificar um direito reconhecido de modo absoluto. Ao contrário, assegura que se possa restringir uma liberdade individual, em um caso concreto, desde que em razão da ocorrência de um conflito de interesses particulares opostos – elevados ao grau de princípios. Exigindo que seja efetuada uma ponderação, com base no princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2015, P. 11), para se chegar, na situação concreta, na precedência de um direito fundamental – ou uma liberdade subjetiva - a outro (ALEXY, 2006, P. 158). Assim, embora se reconheça a possibilidade da adoção da teoria interna –quando se parte de posições definitivas -, não se pode afastar a correção na adoção de uma teoria externa -partindo-se posições *prima facie* -, na análise do art. 187 do CC.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy. SUHRKAMP VERLAG, 1986. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais. In: Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy/ Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2006;100075898>9. Acesso em: 25/05/2015.

_____. Direito Civil: Teoria Geral, vol. 3: Relações e Situações Jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATIENZA, Manuel. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero; tradução Janaina Roland Matida. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1ca25?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em 25/05/2015.

_____. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

_____. O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91db811b080f2bcf>. Acesso em: 25/05/2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Eficácia externa dos créditos e abuso do direito. In: O Direito. Ano 141° (2009), I. Diretor: Inocênio Galvão Telles.

_____. Evolução da Responsabilidade Civil. In: Revista Forense. Rio de Janeiro – Abril de 1941. Vol. LXXXVI. Ano XXXVIII. Fascículo 454.

MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>. Acesso em: 25/05/2015.

MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito/Pedro Baptista Martins. – 3. Ed. Histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização"/de José da Silva Pacheco – Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 07.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O Novo Código Civil – Parte Geral. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Número 12, Ano 17, dez. 2005.

PLANIOL, Marcel. Traité Elémentaire de Droit Civil, vol. II, 2 e ed. Paris, 1902.

REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.(Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

UNILASALLE CANOAS-RS

O DEVER DE INFORMAÇÃO DO FORNECEDOR: O CASO DO GLÚTEN NOS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

Sergio Gonçalves Macedo Jr.[1]

RESUMO: Na sociedade contemporânea, o *marketing* cumpre uma importante função social e econômica, sendo indispensável ao funcionamento do mercado de consumo. As estratégias empregadas na comunicação visual da rotulagem, da embalagem e das peças publicitárias não podem prescindir dos requisitos inerentes ao dever, que têm os fornecedores, de informar adequadamente os consumidores. A informação é um direito básico do consumidor, a ser prestada de forma clara, precisa, correta e útil, viabilizando-lhe uma escolha livre e consciente. Mesmo que veiculadas consoante uma intenção negocial, no interesse dos respectivos fornecedores, as informações devem respeitar o princípio da confiança, assim como o da boa-fé objetiva - do qual decorre o dever anexo de informação -, previsto na Política Nacional das Relações de Consumo. Nesse contexto, procede-se, no presente artigo, o estudo do dever de informação do fornecedor a partir do caso concreto do Glúten, no qual o Poder Judiciário analisou, à luz dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé, a adequação e a completude da informação prestada na rotulagem de determinados produtos alimentícios, principalmente quanto à suficiência da inserção da informação-conteúdo a despeito da informação-advertência.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Consumo. Glúten.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade marcada pelo consumismo, fruto de inúmeras influências do meio no qual os indivíduos estão inseridos, que as incentivam a uma aquisição contínua de bens e serviços, como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico. E a maior parte destas influências decorre das técnicas de *marketing*. Plenamente integrado ao modo de produção capitalista e à economia de mercado, o *marketing* adquire cada vez mais espaço e influência na contemporaneidade, quando os meios de comunicação têm se diversificado e o volume e a circulação da informação tem se intensificado em elevadas proporções. As informações veiculadas nas comunicações mercadológicas que fazem parte de programas de *marketing* estão presentes no dia a dia de todos os indivíduos, que são expostos, a despeito de sua vontade, a diferentes espécies de apelos, como o anúncio publicitário, o *teaser*, o *puffery* e o *merchandising*.

Neste contexto, a informação passa a ser supervalorizada, em um processo que gerou a chamada *sociedade da informação*, e, a despeito da legitimidade da lógica de mercado segundo a qual os fornecedores podem veicular mensagens com a intenção de persuadir seu público-alvo, as técnicas e os recursos de comunicação pré-contratual empregados nos planos de *marketing* não podem prescindir dos requisitos inerentes ao dever, que eles têm, de informar adequadamente os consumidores.

Em consonância com o princípio da transparência, o dever anexo de informar exsurge nos processos obrigacionais em decorrência da boa-fé objetiva, garantindo o direito à informação, que, nas relações de consumo, afirma-se como um direito básico do consumidor, previsto na Política Nacional das Relações de Consumo. Quando prestada de forma clara, precisa, correta e útil, a informação mostra-se capaz de influir diretamente nas decisões a serem tomadas e nos rumos a serem seguidos pelos

1 Mestrando em Direito e Sociedade do Centro Universitário UNILASALLE; macedojr7@yahoo.com.br

consumidores, viabilizando a manifestação de sua *vontade qualificada*[2] e a satisfação de suas expectativas, conforme os preceitos de lealdade e confiança da boa-fé.

Não obstante, na sociedade de consumo, são comuns os casos em que há falhas de informação referentes a determinados produtos industrializados, decorrentes de falta de especificação de seus componentes ou de inexatidões ou falsidades, o que apresenta maior gravidade quando se trata dos ramos alimentício e farmacêutico. Essas falhas podem ocorrer em quaisquer comunicações pré-contratuais, tanto nas mensagens que lhes dizem respeito nos respectivos planos de *marketing*, quanto nos seus rótulos ou embalagens, e trazem maiores consequências ainda quando afetam determinados grupos de consumidores ditos *hipervulneráveis*, tais como crianças, idosos e portadores de patologias incomuns.

Diante desse cenário, procede-se, no presente artigo, o estudo do dever de informação dos fornecedores a partir do caso concreto do Glúten, no qual o Poder Judiciário analisou, à luz dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, a adequação e a completude da informação prestada na rotulagem de determinados produtos alimentícios quanto à suficiência da inserção da informação-conteúdo a despeito da informação-advertência.

2 A INFORMAÇÃO NO *MARKETING*

A informação[3] é a conformação aplicada a um certo dado, que o torna passível de ser conhecido e, por consequência comunicável. Assim sendo, "informação é palavra que refere tanto o processo de formulação e transmissão de dados cognoscíveis, como também estes últimos na exata medida em que estão no conteúdo e na resultante daquele processo" (TOMASETTI JR., 1992, p.52). Em sentido amplo, isto é, como mensagem, constitui elemento do ato de comunicação e abarca tanto conteúdos conceituais já incorporados pelo receptor como conteúdos novos. Em sentido estrito, a informação é o conteúdo conceitual novo e, mais do que isso, o resultado de sua decodificação (BARBOSA, 2008). E esta informação em sentido estrito é a que interessa no presente estudo, dado que, em matéria de Direito do consumidor, ela é crucial na formulação dos programas de *marketing* e das campanhas publicitárias.

Marc Legrain (1992, p.35) define *marketing* como o "estudo e execução de políticas de produtos, preço, distribuição e comunicação que permitirão à empresa atingir, com lucro, um objetivo fixado em função do mercado". Conforme aponta Valéria Chaise (2001, p. 12), a publicidade é um instrumento do *marketing* que visa a tornar o produto conhecido e provocar sua compra. Analisando o *marketing* pelo ponto de vista do CDC, Antônio Herman Benjamin (2007) define-o como sinônimo de *oferta* ou informação associada ao produto ou ao serviço, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e dos serviços.

Na sociedade contemporânea, de consumo, as técnicas de *marketing*, plenamente integradas ao modo de produção capitalista e indissociáveis da economia de mercado, adquirem cada vez mais espaço e influência na medida em que os meios de comunicação têm se diversificado e a circulação da informação tem se intensificado em elevadas proporções. E o papel da mídia mostra-se fundamental para o *marketing*, na medida em que, na visão de Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 58 e 112), ele "representa o meio de transporte de informação, buscando a disseminação dos bens ofertados e o consequente aumento das vendas", de forma que a comunicação passa a ser uma característica da sociedade de consumo, sem fronteiras. A mídia, tanto quanto as rotulagens, as embalagens, os cartazes

---

2 Consoante manifestação da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp. nº 1.364.915-MG, o direito à informação, enquanto direito do consumidor, confere-lhe uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou ao serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de *consentimento informado* ou *vontade qualificada*. (STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013)

3 O vocábulo informação origina-se do latim *informare*, que significa pôr a forma, dar forma substancial a alguma coisa.

e quaisquer tipos de comunicação visual constituem-se em meios de veiculação das mensagens de *marketing*. E a publicidade[4] é uma das principais ferramentas do *marketing*. Segundo Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 16), publicidade é "o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços". Existem variadas técnicas publicitárias, entre as quais se pode citar o *teaser*, o *puffing*, a publicidade redacional, a propaganda subliminar, a publicidade comparativa e o *merchandising*.

Na publicidade, a informação tem o escopo de persuadir o receptor a assentir com um conteúdo que diz respeito ao produto ou ao serviço promovido[5]. O objetivo da mensagem transmitida na publicidade é criar necessidades nos seus receptores, orientar o consumo efetivado por eles e ampliar a demanda. Antônio Herman Benjamin define a difusão e a informação como dois elementos essenciais para qualquer publicidade:

> Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão (difusão). O outro é o seu elemento finalístico (informação), no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense.* Sem difusão não há falar em publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade. (BENJAMIN, 1998, p. 194)

No entanto, a despeito do legítimo propósito de persuasão das técnicas de *marketing*, as informações por elas veiculadas precisam observar os seguintes requisitos: clareza, precisão, completude, veracidade e compreensibilidade (BARBOSA, 2008).

E, ao lado desses requisitos, acrescentem-se os especificamente referidos no Código de Defesa do Consumidor - CDC: a adequação (art$_s$. 6º, III, 8º, 12 e 14), a necessidade (art. 8º) e a ostensividade (art$_s$. 9º e 31).

Pelo requisito da *adequação*, os meios de informação utilizados, assim como o conteúdo da informação, devem ser compatíveis com o produto ou os serviços oferecidos e com o consumidor destinatário. Além disso, o idioma da informação deve ser o vernáculo.

Consoante o requisito da *necessidade*, o emissor deve prestar as informações que se mostrarem indispensáveis para o bom e correto uso e para a manutenção do produto ou serviço; importando, nesse ponto, não a quantidade máxima de informação, mas a mínima.

Já a observação do requisito da *ostensividade* implica no fato de que a informação deve estar à vista do receptor, de forma que o seu acesso e compreensão sejam fáceis, rápidos e induvidosos. Nas palavras de Zelmo Denari (1999, p.146), *ostensiva* significa "que se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação".

A publicidade recebeu especial atenção no CDC, em situações e circunstâncias específicas: *a*) pelos art$_s$. 18, 20, 30 e 35, sempre que a publicidade veiculada é suficientemente precisa, gera efeitos

---

4 A palavra publicidade deriva de "público", do latim *publicus*, e expressa o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar.

5 O objetivo primordial da publicidade é a persuasão de seu público. Enquanto forma de comunicação ela só tem sucesso quando consegue, efetivamente, atingir seu público-alvo, de forma a seduzi-lo, fazendo-o crer naquela mensagem que está sendo passada, seja ela qual for. Em meio a esse contexto, os programas de *marketing* constituem-se em elementos basais na manipulação das preferências, o que ilustra o fato de que o consumo não é um fenômeno isolado e que as preferências existentes não são naturais, mas são um produto das possibilidades existentes, influências sociais e padrões de consumo.

UNILASALLE CANOAS-RS

jurídicos (princípio da vinculação); *b*) o art. 37 dispõe que, caracterizando-se a publicidade como abusiva ou enganosa, passa a constituir um ilícito (princípio da veracidade); *c*) já os arts. 36 e 38 estabelecem a regra de que a publicidade veiculada deve ser identificada como tal, trazendo informações corretas sobre os produtos e serviços ofertados (princípio da identificação).

Consoante o regime jurídico estabelecido pelo CDC, toda publicidade que violar os deveres jurídicos nele definidos, na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias, será ilícita[6]. Os contornos da publicidade ilícita, ao serem definidos no CDC, são, também, frutos de um novo paradigma objetivo de boa-fé, confiança e transparência, que passou a dominar o regime da publicidade no Brasil[7].

Ao tratar dos efeitos da informação publicitária na sociedade de consumo, Cláudia Lima Marques salienta a tese do autor alemão Köndgen, que conclui pela existência de vinculação própria para uso da publicidade nas massivas sociedades contemporâneas. Tal vinculação, vislumbrada por Köndgen, está alicerçada na responsabilidade pela confiança:

> Impressionante é sua exposição da doutrina de Canaris, sobre a responsabilidade pela confiança despertada (*vertrauenshaftung*), único autor alemão que une as idéias de imputação da responsabilidade pela atuação (determinação própria), atuação de risco profissional (mesmo que risco menor) com fim de lucro (direto ou indireto), e afirma: "a responsabilidade pela confiança não é responsabilidade/obrigação 'por força' do negócio jurídico, mas responsabilidade 'por participação' no meio jurídico negocial (*Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr*) ". (MARQUES, 1994, p. 7)

O efeito autovinculante da informação, consoante o entendimento de Köndgen, deriva do fato dela constituir um agir comunicativo com pretensão de validade, o que, segundo Sinde Monteiro (1989, p. 481), "provoca no destinatário uma expectativa normativa".

Uma vez que o *marketing* veicula informações que são dadas dentro de uma intenção negocial, o fornecedor que emite as mensagens, e que tem um interesse próprio, está obrigado a agir de forma a não causar danos ao receptor, estando comprometido com a sinceridade e com a veracidade das mesmas. A informação correta é, portanto, um direito básico do consumidor, a ser prestada de forma a possibilitar-lhe uma livre e consciente decisão. Nesse compasso, um programa de *marketing* que seja baseado em informações incorretas ou apresente falta de informações implica na sua ilicitude, em uma evidente afronta aos princípios, da confiança e da boa-fé.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO

A concepção do direito à informação remonta a 1927, por ocasião da reunião da Sociedade das Nações, quando foram afirmados os conceitos de liberdade de informar e liberdade de informação. No entanto, foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a liberdade de informação foi expressa de forma solene e peremptória. A Declaração, marcada pelas contingências da 2ª Guerra, derivou da insensatez do homem em tempos de "banalidade do mal" - na expressão de Hannah Arendt (1999) -, e construiu um novo paradigma para a compreensão da relação do cidadão com o Estado, calcado no primado da dignidade da pessoa humana.

---

6 Existem duas espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, referidas no CDC, no *caput* do art. 37.

7 Embora cumpra uma importante função social e econômica na sociedade, a publicidade deve sempre pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé (MARQUES, 1999).

A ideia de liberdade de informação surge no período de intermédio das grandes guerras mundiais. Enquanto direito de liberdade ou uma liberdade pública, atrela-se a uma concepção de institutos jurídicos que tinham como objeto, exatamente, a limitação da ação estatal.

A matriz liberal, calcada na proteção da liberdade enquanto autonomia exteriorizou-se nos textos constitucionais, indicando que o Estado deve ao indivíduo um dever de abstenção em sua esfera de desenvolvimento pessoal. Esta maximização da liberdade, assim como a busca da diminuição das tarefas (deveres) do Estado, representa a essência do liberalismo, no estágio inicial da ideia de liberdade de informação, de conteúdo negativo, tipicamente individual. (CARVALHO, 1999). Conforme ensina o professor Álvaro Rodrigues Jr., tal direito pode ser desmembrado em uma tríade:

> [...] tanto a comunicação de informações quanto a de opinião são amplamente asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos ordenamentos políticos português e brasileiro, podendo-se até dizer que há uma tríade de direitos compreendidos à liberdade de informação, quais sejam:
> a) Direito de informar: consiste na faculdade de comunicar informações a outrem, sem impedimentos;
> b) Direto de se informar: consiste na faculdade de obter informações sem impedimentos;
> c) Direito de ser informado: consiste na liberdade de receber informações íntegras, verdadeiras e continuas, sem impedimentos. (RODRIGUES JR., 2009. p. 61)

Conforme o autor, embora o direito à informação possa ser dividido nessa tríade, atribui-se, sem dúvida, uma importância mais significativa ao direito de ser informado (RODRIGUES JR., 2009), já que se trata de um "direito-pressuposto para o correto encadeamento de ideias, fase do processo de formação de opinião" (JABOR *apud* RODRIGUES JR., 2009, p. 62). E, nas palavras de Antônio Carlos Efing (2002, p. 91), como extensão deste direito, exalta-se a veracidade, invocada com o condão de enfatizar a importância da prestação de informações verídicas, em consonância com os princípios da boa-fé e da transparência.

UNILASALLE CANOAS-RS

O caráter fundamental desse direito intensifica-se e ganha maior importância ainda na sociedade contemporânea, denominada *sociedade da informação*, gerada por todo o complexo tecnológico que propicia concomitantemente o espetáculo e a invisibilidade (MARTINS-COSTA, 2014, p. 41). Com a revolução tecnológica[8], cada vez mais a informação galgou importância, transformando-se, assim, em um bem jurídico digno de proteção constitucional internacional. Desta forma, na sociedade contemporânea, a informação, logrando o *status* de instrumento de influência comportamental, passou a ter relevância jurídica e, portanto, a ser merecedora de proteção.

Com efeito, o direito à informação é direito fundamental assegurado em nossa Constituição Federal, requerendo, assim, a proteção que merece dado a sua importância fundamental no trânsito de informações, processo tão caro a um Estado Democrático de Direito.

O artigo 5º da nossa Constituição Federal determina ao Estado, em seu inciso XXXII, a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor. A norma se insere no quadro dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição e, portanto, teve vigência imediata. Na mesma esteira, o seu art. 170, ao definir os fundamentos da ordem econômica e lhe indicar a finalidade, destaca, como um de seus princípios essenciais, a defesa do consumidor.

---

8 Enquanto a informação circulava lentamente, enquanto não ocupava tanto os afazeres do homem, enquanto quase nada alterava o curso normal da vida em sociedade, enquanto era recebida por pequena parcela da população, enfim, enquanto a informação não era determinante para traçar o rumo da vida em sociedade, era natural que a doutrina não se preocupasse mesmo com o seu aspecto jurídico. Na medida em que o avanço tecnológico permite uma inacreditável rapidez na sua circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida. (CARVALHO, 2002, p. 255).

Segundo Walter Ceneviva (1991), o art. 170 reforça tal finalidade ao reiterar o mencionado no artigo 5º, mas assegura a todos, simultaneamente, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, afirmando, outrossim, a liberdade da concorrência, que se pressupõe leal. Nas palavras de Ceneviva:

> Com o desenvolvimento da sociedade industrial, ficou evidente que o consumidor, tomado individualmente, não tinha condição qualificada para defender seus direitos contra eventuais prejuízos advindos do consumo ante fornecedores ou mais poderosos ou providos de meios e conhecimentos técnicos cujo enfrentamento se mostrava excessivamente oneroso. Constatado que havia interesses comuns no universo dos consumidores, compreendeu-se que eram defensáveis coletivamente, até mesmo quando não considerados um a um. Sob inspiração da doutrina estrangeira mais avançada, colheu-se, na doutrina pátria a noção dos interesses difusos – de amplo espectro – compreendendo bens de vida juridicamente relevantes e, por isso, dignos de proteção do Direito, embora pertencentes a pessoas sem vínculo jurídico entre elas e até sem conhecimento obrigatório das recíprocas necessidades. A Constituição de 1988 incorporou os interesses coletivos à sua normatividade, ora lhes dando essa denominação, ora os chamando de difusos. (CENEVIVA, 1991, p. 83)

E, nesse sentido, o direito à informação passou a ter suma importância na sociedade de consumo em que vivemos, podendo ser considerado a mais importante baliza norteadora das regras inerentes à Política Nacional de Relações de Consumo:

> A liberdade de informação está elencada individualmente no texto constitucional vigente, como se nota no artigo 5º, incisos XIV – XXXIII, assim como no artigo 220. Tem-se reconhecido a liberdade de informação como um direito fundamental autônomo, em primeiro lugar porque essa liberdade tem sido positivada nas constituições – como é o caso da brasileira –, como por exemplo, na alemã, que em seu artigo 2º, inciso I, assim dispõe: "contém um direito fundamental autônomo que se refere a uma norma geral que garante o direito geral de liberdade". No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tantos os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas. Desta forma, protege-se tanto o emissor quanto o receptor do processo comunicativo. É de se destacar, no aspecto passivo desse processo, o direito do público de ser adequadamente informado, tema para o qual Rui Barbosa já chamava atenção em sua célebre conferência denominada "a imprensa e o dever da verdade", o que hodiernamente se consubstancia na tese de que o Direito positivo brasileiro tutela o direito difuso à notícia verdadeira. (EFING, 2002, p.90)

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, finalmente legislado no ano de 1990 - por meio da Lei nº 8.078 -, arraigado a princípios constitucionais e, mais especificamente, aos do Direito do Consumidor, incrementou o ordenamento jurídico pátrio, regulando as relações de consumo e estabelecendo expressamente o princípio da boa-fé objetiva, a reclamar a atitude de transparência por parte dos fornecedores e, assim, o dever lateral de informação. Alçou a informação à condição de direito básico do consumidor, no inciso III do artigo 6º[9] e no artigo 31[10], exigindo a sua adequação e clareza sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Na

---

9 CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

10 CDC, Art. 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

mesma toada, com o intento de proteger o consumidor contra abusividade e deslealdade nos métodos comerciais[11], regrou as técnicas de *marketing* - positivando princípios como o da identificação, o da vinculação e o da veracidade - e as manifestações da publicidade, enquanto uma de suas principais ferramentas, balizando a caracterização da publicidade disfarçada, bem como das ilicitudes de suas manifestações – enganosidade e abusividade.

O direito à informação adequada, suficiente e veraz, a instrumentalizar a transparência, tornou-se, assim, um dos pilares do Direito do Consumidor, como supedâneo do princípio da boa-fé objetiva.

4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O instituto da boa-fé surgiu no Direito romano, a partir da ideia de *fides*, e foi sendo desenvolvido, no decorrer da história, em uma longa trajetória na qual lhe foram sendo agregados conteúdos e noções diferentes consoante as diversas culturas que o adotaram. Seu paulatino incremento histórico foi cíclico, observando fases de maior ou menor grau de diluição ou prestígio. No Direito canônico, angariou conteúdo axiológico, de equidade; e, no Direito germânico, passou a ser preenchido com uma carga ética e moral, em um processo de afetivação decorrente da fusão de seu viés romanístico com sua visão medieval, o qual resultou na sua adoção consoante a fórmula de lealdade e confiança (*Treu und Glauben*), quando logrou seu conteúdo de maior densidade, vinculando teor dogmático a uma carga axiológica relacionada à ética e à moral.

Nas relações obrigacionais, passou, então, a constituir um conjunto de padrões éticos de comportamento que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as suas fases, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, inclusive, após a sua extinção.

Foi essa noção germânica da boa-fé que ganhou espaço no Direito brasileiro. Inicialmente utilizado como princípio não expresso, ganhou importância quando teve sua primeira previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, enquanto princípio da Política Nacional de Relações de Consumo - PNRC.

As *normas objetivo*[12] do artigo 4º do Código apontam, como objetivos da PNRC, a transparência e a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo, para que se dê azo aos princípios nos quais se funda a ordem econômica, de forma a se respeitar a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (MARTINS-COSTA, 2015).

No que diz respeito ao inciso I do art. 4º do CDC, Judith Martins-Costa (2015) chama a atenção para a importância do postulado normativo da vulnerabilidade do consumidor, fundamentado no reconhecimento legal da assimetria estrutural entre as partes envolvidas nas relações de consumo. A característica presumida de vulnerabilidade do consumidor mostra-se essencial para o balizamento da PNRC. Por esta razão, a referida autora afirma que o microssistema consumerista

> abriga normas inderrogáveis destinadas a sancionar situações que, mesmo não derivando de uma "intransparência" ou de uma violação à boa-fé como *standard* de conduta, não são validamente admitidas. Boa-fé, vulnerabilidade e transparência são, portanto, naquele âmbito, *noções interligadas*, *tendo a boa-fé, entre suas funções, a de aumentar a carga de deveres informativos do fornecedor em vista de minimizar a vulnerabilidade do consumidor por meio da dação de informação veraz, útil e completa* aos fins a que se destina ("transparência"). (MARTINS-COSTA, 2015, p. 302) (grifou-se)

---

11 CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]
V - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

12 Normas objetivo são aquelas que implementam quaisquer finalidades de políticas públicas (MARTINS-COSTA, 2015).

A partir do marco de reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor, instituído pelo CDC, Judith Martins-Costa (2015, p. 303) salienta "o peculiar sentido adquirido pela boa-fé nas relações de consumo", que "encontra expressão em duas ideias-força: a de 'equilíbrio' e a de 'transparência'".

Além de instrumentalizar a compensação da vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé no CDC também se presta à proteção da *confiança legítima* (confiança objetivada), por meio do *princípio da confiança*, o qual a autora (MARTINS-COSTA, 2015) identifica expresso em regras do Código consumerista, como a que permite a possibilidade de arrependimento do consumidor. Segundo ela,

> Considera-se que à posição de supremacia (econômica, técnica e informativa) do fornecedor é correlato o "investimento de confiança" por parte do consumidor acerca das qualidades do produto ou do serviço e das informações que lhe estão sendo prestadas. Por outro lado, a posição de supremacia pode levar a abusos. Por esta razão, justifica-se a forte atuação corretora da boa-fé em sua função de limite ao exercício jurídico [...].
> Em razão da própria racionalidade do Direito do Consumidor, nessa seara a intensidade jurisgênica da boa-fé será conformada conjugadamente ao postulado fático-normativo da vulnerabilidade do consumidor, impondo deveres ao consumidor que acrescem (ou "otimizam") os deveres de fonte legal de "equilíbrio" e de "transparência". (MARTINS-COSTA, 2015, p.307)

Ainda consoante a identificação da assimetria da relação de consumo e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o Código consumerista, na esteira de seu artigo 4º, implementou vários instrumentos protetivos com o propósito de equilibrar tal relação, dado que potencialmente desnivelada na sua origem. Conforme esclarece Gustavo Tepedino,

> No intuito de atender às "necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo" (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o *direito à adequada informação* sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante. (TEPEDINO, 2003, p. 140) (grifou-se)

Outra manifestação explícita ao princípio da boa-fé incorporada no Código consumerista encontra-se no inciso IV do seu artigo 51, que proíbe as cláusulas que violem a boa-fé, afirmando serem nulas de pleno direito as cláusulas que importem em obrigações iníquas ou abusivas, que contrariem a boa-fé ou a equidade, com o intuito de assegurar o equilíbrio nas relações de consumo. O objetivo da norma, então, é impedir que fornecedores e consumidores desrespeitem a regra de conduta pautada na boa-fé objetiva, que deve orientar tais relações.

E, além das manifestações explícitas verificadas nos artigos 4º e 51, o CDC contém vários outros dispositivos que contemplam o instituto da boa-fé implicitamente, exigindo-a dos atores das relações de consumo, para pautar a atuação dos envolvidos pela veracidade e pela transparência, de maneira que qualquer objetivo de locupletação ou, mesmo, de lucro fácil que possa impor prejuízos a outrem, seja coibido. A boa-fé objetiva estabelece no Direito do Consumidor, desse modo, um dever de conduta entre fornecedores e consumidores no sentido de agirem com lealdade e confiança na busca de um fim comum, que é o adimplemento dos contratos, diante da visão da obrigação como um processo, protegendo, com isso, as expectativas de ambas as partes.

E com a promulgação do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva foi consagrada, em definitivo, na esfera cível, como cláusula geral, tendo sido prevista em seus artigos 112, 113, 421 e 422. Desde então, a sua utilização foi difundida de maneira mais ampla, a partir de suas funções integrativa,

limitadora de direitos e criadora de deveres, sendo que, por esta última, projeta-se o dever anexo de informação, de suma importância nas relações consumeristas, quando consumidores necessitam de dados detidos pelos fornecedores para poder exercer a sua prerrogativa de escolha consciente.

5 O DEVER DE INFORMAR DOS FORNECEDORES

Como visto, por força da boa-fé objetiva, o princípio da transparência encontrou ressonância particular no Direito do Consumidor. Em função disso é que a legislação consumerista contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador (ALMEIDA, 2003).

Por essa razão, as mensagens veiculadas por meio dos planos de *marketing* dos fornecedores não estão imunes à regulação imposta pela incidência dos princípios da boa-fé, da transparência e da confiança, a qual reclama um dever de informar de forma altruísta, baseada na preocupação com o outro (MARQUES, 1999), na intenção de munir os consumidores com "todas" as informações relevantes, que possam, de alguma maneira, vir a importar futuramente, na utilização dos produtos ou dos serviços em questão; independentemente da técnica de *marketing* que veicule essas informações, seja ela a de *merchandising*, de mensagem publicitária, de rotulagem ou de embalagem.

Não obstante o direito também constitucional à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão[13], que, sem dúvida, assiste aos fornecedores, o seu dever de informação, pautado pelos referidos princípios, exige que tais mensagens sejam elaboradas e veiculadas consoante determinados critérios objetivos. Pois, como ensina Daniel Sarmento (2014), o direito dos fornecedores à expressão das manifestações de *marketing* não se situa no epicentro do direito fundamental à liberdade de expressão, como ocorre, por exemplo, com os discursos político, artístico, religioso ou científico. Está, é verdade, em uma zona mais afastada, na qual a proteção constitucional é menos intensa. E é por este motivo que podem ser aceitas restrições mais contundentes[14] à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção ao consumidor, que também é tarefa constitucional (art$_s$. 5º, XXXII e 170, V, da CF). Entre tais restrições, sobressaem as insculpidas no CDC, já referidas. Há restrições, inclusive, de imposição constitucional, que, referentes à comunicação social[15], estão prescritas nos parágrafos 3º,

UNIVASALE.IT CANOAS-RS

13 Quanto à livre criação das mensagens de *marketing*, a Constituição protege, como direitos fundamentais, em seu art. 5º, a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão. Pelo inciso IX do art. 5º, o constituinte definiu em termos amplos os contornos do direito à liberdade de expressão, que já fora previsto no seu inciso IV. Conforme Gilmar Mendes (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 351), "o âmbito de proteção da liberdade de expressão é amplo, abarcando todos os atos não violentos que tenham como objetivo transmitir mensagens, bem como a faculdade de não se manifestar". Contudo, predomina o entendimento de que tal proteção se estende à publicidade, mesmo que ela não esteja no epicentro desta direito fundamental. Nesse sentido, Daniel Sarmento, ao colaborar em obra Coordenada por José J. G. Canotilho sobre a Constituição Federal (CANOTILHO, 2014), comenta: [...] é importante ressaltar que, numa sociedade capitalista, a busca de ganhos econômicos está também presente em diversas outras atividades comunicativas desenvolvidas por particulares, cuja cobertura pela liberdade de expressão ninguém questiona. Ademais o domínio da liberdade de expressão não se circunscreve aos temas considerados de interesse público, abrangendo todos os subsistemas sociais, inclusive o econômico. E não é uma exclusividade do discurso publicitário a tentativa de influenciar as atitudes e condutas humanas, pois esta é uma característica presente, em maior ou menor escala, na comunicação que ocorre nos mais variados domínios, como o político, religioso, artístico, etc.. Não bastasse, a publicidade comercial, quando despida de vícios, desempenha um papel importante que tem nexo íntimo com os valores da liberdade de expressão, que é municiar o indivíduo com informações para que ele possa, a partir de suas próprias valorações, realizar escolhas autônomas sobre o que é bom para o seu próprio consumo. (SARMENTO, 2014, p. 274).

14 No que diz respeito às restrições, Daniel Sarmento (2014, p. 275) salienta, porém, que "é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva da lei formal como o acatamento do princípio da proporcionalidade".

15 Na lição de José Afonso da Silva, *comunicação social* é a denominação mais apropriada da chamada

inciso II, e 4º do artigo 220 da Constituição, em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção à criança e ao adolescente.

Portanto, não há como elidir o dever de informar que se impõe aos fornecedores. Nas palavras de Antônio Carlos Efing (2002, p. 91), como extensão deste dever, "exalta-se a veracidade, invocada com o condão de enfatizar a importância da prestação de informações verídicas, em consonância com os princípios da boa-fé e da transparência". Consoante a lição de Antônio Herman Benjamin,

> O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do *nebenpflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico para a harmonia e transparência das relações de consumo. O *dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo*, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 1998, p. 674) (grifou-se)

E esse dever de informar dos fornecedores assume relevância maior ainda diante do fato de que o caráter persuasivo das mensagens de *marketing* atenua a autonomia privada dos indivíduos no cenário gerado na sociedade de consumo, no qual vem à tona um contexto em que surge uma massa de consumidores orientados para consumir. Segundo aponta Fernanda Barbosa,

> É também nesse sentido que assume relevância a informação, especialmente no seu sentido de prática comercial como criadora de situações desfavoráveis ao consumidor. A importância da repercussão das técnicas de *marketing* no Direito tem em vista o seu caráter persuasivo, que busca entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real do consumidor, que é o elemento nuclear da autonomia privada.
> Numa sociedade assim definida, a preocupação com a produção de bens cede espaço, em certa medida, às técnicas de comercialização desses mesmos bens, a fim de que o público consumidor adquira, cada vez mais, os produtos produzidos e os serviços oferecidos no mercado. Muitas dessas técnicas encontram-se hoje vedadas pelas legislações mais evoluídas em matéria de defesa do consumidor, a exemplo da publicidade enganosa ou abusiva, da venda casada e do envio de produto ou fornecimento de serviço sem prévia autorização. (BARBOSA, 2008, p. 48)

A autonomia privada dos consumidores não pode ser, assim, tolhida pelas técnicas de *marketing*, pelo que os fornecedores têm o dever de informar adequada e claramente a respeito de seus produtos ou serviços para que o seu público-alvo possa ter as informações corretas e suficientes para poder manifestar sua *vontade qualificada*. O Ministro Humberto Martins, do STJ, alertou em seu voto Relator no REsp. nº 1.364.915-MG, que "a autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida" (STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013) e que a sua consciência de agir depende diretamente da adequação da informação a que teve acesso:

> Nada mais coerente que, na relação de consumo, o polo que detenha pleno conhecimento do produto oferecido – quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição -, seja também o responsável

---

"comunicação de massa", mas o sentido permanece como o de comunicação destinada ao público em geral, transmitida por processo ou veículo – nomeado como meio de comunicação social. O artigo 399 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos bem definia seu conceito e natureza, ao estatuir que "o sistema de comunicação social compreende a imprensa, o rádio e a televisão e será regulado por lei, atendendo à sua função social e ao respeito à verdade, à livre circulação e à difusão universal da informação, à compreensão mútua entre os indivíduos e aos fundamentos éticos da sociedade". (SILVA, 2009, p. 824).

> por prestar ao polo vulnerável (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo. (STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013)[16]

A liberdade de escolha do consumidor prevista no inciso II do art. 6º do CDC está, assim, vinculada à correta, fidedigna e satisfatória informação sobre os produtos e serviços postos no mercado porque esta informação é um dos meios de formar opinião e produzir a tomada de decisão de quem consome.

O fato da informação ser falsa, inexistente ou, mesmo, incompleta compromete a liberdade de escolha consciente do consumidor, a qual deve ser preservada porque essencial para que suas expectativas em relação ao produto não venham a ser frustradas.

6 O CASO DO GLÚTEN

O caso do glúten[17] foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do Recurso Especial nº 586.316 – MG[18], o qual analisou a divergência quanto ao cumprimento do dever de informação por parte dos fornecedores industriais, nos rótulos dos produtos alimentícios, limitar-se à prestação da informação-conteúdo "contém Glúten" ou reclamar, também, a informação-advertência, a respeito dos riscos do glúten aos portadores de doença celíaca.

As informações preambulares insertas na rotulagem ou na embalagem dos produtos fazem parte do *marketing* da empresa fabricante, enquanto comunicação mercadológica que encerra um conjunto de atividades exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. Compõem, assim, uma comunicação pré-contratual que também reclama uma preocupação ativa do fornecedor de assegurar que os seus conhecimentos sobre o produto ou serviço oferecido ao consumo estejam, de forma adequada, à disposição dos possíveis consumidores mesmo antes da formalização do ato de consumo. Na medida em que a embalagem e a rotulagem são veículos de *marketing*, também elas se prestam à enganosidade.

Na decisão do REsp, o STJ divergiu do entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, que havia negado a Apelação do PROCON mineiro, interposta com o intuito de desconstituir a sentença que fora favorável à Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA.

Tal sentença havia sido proferida no Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela ABIA em razão do receio que tinha aquela Associação de sofrer ameaças na comercialização de produtos alimentícios em decorrência da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, os

---

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637-0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300216370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

17 O Recurso Especial n° 586.316 trata do Mandado de Segurança Preventivo (na origem) impetrado pela– ABIA - em razão do receio de sofrer ameaças na comercialização de produtos alimentícios em decorrência da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG que questionavam o descumprimento do dever de advertir sobre os riscos do glúten aos portadores de doença celíaca. As embalagens dos produtos continham a expressão "contém glúten", sem, contudo, trazer a advertência dos riscos que este componente causa à saúde e segurança dos portadores de doença celíaca.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316–MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301612085&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

quais questionavam o descumprimento do dever de advertir sobre os riscos do glúten aos portadores de doença celíaca. As embalagens dos produtos continham a expressão "contém Glúten", sem, contudo, trazer a advertência dos riscos que este componente traz à saúde e à segurança dos portadores de doença celíaca.

Em sua decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a sentença, entendendo que não seria permitido ao PRONCON-MG impedir a comercialização dos produtos cujo rótulo apresente a expressão "contém Glúten", pois eles estariam de acordo com a legislação pertinente. A Lei nº 10.674/03[19], que ab-rogou a Lei nº 8.543/93, tratando do glúten em alimentos, exige tão somente a aposição das inscrições "contém Glúten", pelo que seria justo o receio da ABIA de que seus associados viessem a sofrer violação de seu alegado direito líquido e certo, caso fossem obrigados pelos PROCON a completar a frase "contém Glúten", com expressa advertência dirigida aos portadores da doença celíaca.

O STJ, ao analisar a questão[20] posicionou-se de forma contrária ao TJMG, entendendo que, em virtude do fato de que a Lei nº 10.674/03, enquanto *Lex especialis* a imputar dever de *informação especial*, não afasta o CDC (art. 31), enquanto *Lex generalis* a imputar dever de *informação geral*, na medida em que se limita a fixar "um piso mínimo" de informação. Na visão daquela Corte superior, portanto, para que o dever informativo fosse cabalmente respeitado, necessário seria estampar nos rótulos, de maneira expressa, que "o Glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos".

No entendimento do TJMG, porém, ficou consignado que o mal causado pelo glúten não atinge a saúde dos consumidores em geral, mas somente a de um grupo de pessoas que já possui a doença celíaca, de forma que a advertência quanto aos riscos do glúten para os doentes celíacos seria inócua à maioria da população. E, por isso, a informação-conteúdo seria suficiente, ao encontro do que prescreve a Lei nº 10.674/03; não sendo necessária a informação-advertência. Portanto, entendeu aquele Tribunal mineiro que a imposição, pelo PROCON, da necessidade de complementação da informação-conteúdo ("contém Glúten") com a informação-advertência, dirigida aos portadores de doença celíaca, que expressasse que a existência do glúten é prejudicial à sua saúde, violaria direito subjetivo das indústrias da alimentação, representados pela ABIA.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, rechaçou tal hipótese, arguindo que a obrigação especial de informação (secundária, derivada ou tópica) estatuída pela Lei nº 10.674/03 não extermina ou torna irrelevante a obrigação geral de informação (comum, ordinária ou primária) decorrente do CDC. Ressaltou que o dever de informar reclama um comportamento positivo e ativo por parte do fornecedor, que não se coaduna com uma "meia-informação" ou uma "semi-informação", porque uma informação que não é completa não é informação no sentido jurídico e prático que lhe atribui o CDC. Além disso, importa lembrar que, como já referido, a informação prestada ao consumidor deve ser *adequada*. Consoante o inciso III do art. 6º do CDC, uma informação *adequada* tem de ser *completa*, *gratuita* e *útil*, o que levou o STJ a questionar qual poderia ser a relevância de se registrar nos rótulos

---

19 A Lei nº 10.674/03 obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca:

"Art. 1º - Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.

§ 1º - A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.

§ 2º - As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento.

20 Nas razões do RESP, o PROCON-MG aduziu que, embora a legislação esteja sendo cumprida no que se refere à inserção das informações nas rotulagens dos produtos, a parte final do art. 31 da Lei n° 8.078/90 que prevê a inserção de advertência sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores estaria sendo descumprida, não devendo ser aplicada uma interpretação restritiva do dispositivo legal, de forma que em nada importaria o fato de que o mal causado pelo glúten não atinja a saúde dos consumidores em geral.

apenas a expressão "contém Glúten", concluindo que "a utilidade, mais ainda em um País pouco educado em temas de saúde pública, só aparece quando a informação é vinculada à doença celíaca"[21].

Segundo o Relator Herman Benjamin, "considerando-se o grau de atraso informativo no Brasil, a informação prestada aos nossos consumidores deveria ser mais completa que a exigida nos países mais avançados"[22].

Ao mesmo tempo, a decisão proferida pelo STJ, também contrariou a linha lógica seguida pelo Acórdão do TJMG, que entendeu que a advertência quanto aos riscos do glúten para os doentes celíacos seria inócua à maioria da população, já que importaria apenas ao restrito grupo de celíacos. O Relator do REsp salientou que o dever de informar (e de bem rotular) deve ganhar destaque quando se está diante de grupos, e não da generalidade de consumidores, já que, consoante o princípio da boa-fé objetiva, "é de se esperar dos agentes econômicos que, da mesma maneira que dão atenção à diversidade das necessidades e gostos dos consumidores quando se trata de produzir calçados, roupas ou brinquedos, também atentem para as peculiaridades de saúde e segurança desses mesmos consumidores"[23].

Percebe-se, nesta argumentação, a preocupação com a responsabilidade social das empresas associadas à ABIA e com a função social dos seus meios de produção, no sentido de assistir, também, às necessidades dos grupos minoritários, a despeito de não serem eles os principais alavancadores do lucro da atividade econômica. Essa responsabilidade social se traduz, segundo o Relator, como a "manifestação concreta da função social da propriedade e da ordem econômica"[24], valorizando a estima da boa-fé objetiva no período anterior à execução dos contratos (oferta). Nas suas palavras:

> São exatamente os consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à "generalidade das pessoas", é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. *Ser diferente ou minoria por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.* (STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009)[25]

Gize-se que o fato de os rótulos das empresas associadas à ABIA não contarem com a informação de que o glúten é prejudicial à saúde dos celíacos – uma vez que não omitam que o produto "contém Glúten" -, não tinha o condão de frustrar quaisquer expectativas dos consumidores, não obstante possa, de fato, implicar numa inadequação da informação por comprometimento de sua utilidade. Mesmo assim, tão somente por esta inadequação, o STJ entendeu pela necessidade de reforma da sentença do Mandado de Segurança de origem.

Em sua decisão, portanto, o STJ conheceu parcialmente do Recurso Especial, dando provimento ao pleito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reconhecendo a inexistência do direito subjetivo alegado pela ABIA e denegando a ordem de segurança por ela pretendida, com base, precipuamente, no direito à informação, traduzido, no voto do Relator, Ministro Herman Benjamin, como o mais básico dos direitos básicos do consumidor.

Na justificativa de seu voto o Relator trata a informação como "dever-direito", baseado em Gérard Cas e Didier Ferrier, afirmando que "como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro

---

21 STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009.
22 *Idem*
23 *Idem*
24 *Idem*
25 STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009.

pela inexperiência ou incapacidade do consumidor em se informar"[26], de modo que não poderia a ABIA, no caso, libertar-se da obrigação geral da informação, a qual, segundo ele, não se assenta apenas no CDC, integrando "a base principiológica mais profunda, intangível e, por isso mesmo, inatacável, do sistema jurídico brasileiro, abalizada que é pelo texto constitucional"[27], vez que imbricada com o direito fundamental de liberdade na arquitetura de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o Ministro Herman Benjamin destaca que a relevância do dever-direito de informação deve-se a múltiplos atributos e funções por ela desempenhados, como alicerce do modelo capitalista de livre mercado ou como garante de outros direitos do consumidor como o acesso à justiça:

> Primeiro, a informação é irmã-gêmea – "inseparável" [...] dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o "livre mercado" e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor.
> Segundo, é a informação que confere ao consumidor "a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses" [...]. Só o consumidor bem informado consegue de fato usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. [...].
> Terceiro, a informação "é um fator essencial do desenvolvimento da concorrência" [...], pois sabe-se que, bem informados, os consumidores podem melhor adquirir produtos e serviços, ou simplesmente evitá-los, como seria o caso dos pacientes celíacos em relação aos produtos que contenham glúten.
> Quarto, a informação é uma das técnicas de enfrentamento das assimetrias existentes no mercado, sobretudo entre profissionais e profanos – o desequilíbrio de conhecimento entre os contratantes. Todos concordam que o consumidor está em um patamar de informação inferior ao fornecedor, sendo-lhe muito mais custoso – quando não impossível - adquiri-la no mercado. (STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009.)

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

O rigor esperado do judiciário (no exemplo da área dos alimentos, suscitado na lide em tela), a dar esteio a atuação *supplendi causa* dos operadores do Direito, orienta sua atividade de preenchimento de lacunas consoante a função integrativa da boa-fé objetiva, que, no presente caso, lastreou o entendimento do STJ de que, mesmo que a obrigação especial de informação instituída pela Lei n. 10.774/03 restrinja-a a informar a presença de glúten, o dever de informação atribuído ao fornecedor, na medida em que implica a necessidade de cooperação com o *alter* de compartilhamento do conhecimento, conforme os ditames da boa-fé, impinge-lhe a obrigação geral de informação, que acarreta a necessidade de que os rótulos devam estampar, também, que "o glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos". E o CDC, principal veículo desta obrigação geral, afasta a regra do *caveat emptor* e não aceita que o silêncio equivalha a algum tipo de informação, tratando-o como uma falta desabonadora do fornecedor.

Segundo o entendimento do STJ, portanto, não podiam as empresas associadas da Impetrante (ABIA) agir com má-fé, ao se aproveitar da limitação verificada na obrigação especial de informação para arguir o direito subjetivo de não completar a frase "contém Glúten" com expressa advertência dirigida aos portadores de doença celíaca, em detrimento da obrigação geral de informação instituído pelo artigo 31 do CDC.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

26 *Idem*
27 *Idem*

A partir da análise das decisões judiciais proferidas nas diversas instâncias no caso concreto do glúten, verificou-se a existência de divergência quanto ao cumprimento do dever de informação por parte do fornecedor limitar-se à prestação da *informação-conteúdo* ou reclamar, também, a *informação-advertência*.

Infere-se, assim, do Acórdão analisado, que o STJ manifestou a preocupação com o fato de que, alijada da *advertência*, a informação presente nos rótulos dos produtos das empresas associadas à ABIA perdeu a qualidade de clareza e precisão e, principalmente, sua *utilidade*, transformando-se no que aquele Tribunal superior chamou de "subinformação", destituída de qualquer operatividade.

A solução da divergência está, assim, relacionada à forma como se interpreta a lei especial que trata do glúten em alimentos. Se analisada tal lei de forma isolada, como o fez o TJMG, o fornecedor estaria cumprindo seu dever de informar o consumidor apenas com a *informação-conteúdo*. Por outro lado, se analisado o caso por meio de uma interpretação integrativa - à luz também do CDC, consoante o dever geral de informação -, como o fez o STJ, o dever de informar passa a reclamar um comportamento positivo e ativo por parte do fornecedor, de modo que, no caso do glúten, a informação só pode ser entendida como adequada, completa e útil, quando comportar também a *informação-advertência*, principalmente em um país pouco educado em termos de saúde pública.

O dever de informar, enquanto dever anexo da boa-fé objetiva, coaduna-se com uma conduta conformada pelos valores componentes daquele instituto, de solidariedade e probidade, pela qual as empresas fabricantes deveriam demonstrar proatividade na intenção de prestar as informações de forma mais completa possível, independentemente da quantidade de pessoas celíacas que poderiam vir a se beneficiar delas.

Ao dar provimento ao Recurso Especial do Ministério Público mineiro e denegar a ordem de segurança pretendida pela ABIA, *a contrario sensu* do entendimento do TJMG, o STJ posicionou-se no sentido de não admitir que possam as empresas associadas da Impetrante do Mandado de Segurança aproveitar-se da limitação verificada na obrigação especial de informação, decorrente da Lei nº 10.674/03, para arguir o direito subjetivo de não completar a frase "contém Glúten" com expressa advertência dirigida aos portadores de doença celíaca, em detrimento da obrigação geral de informação instituída pelo artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, o que permite depreender o entendimento, daquele Tribunal superior, pela legitimidade da inclusão, no dever de informação, da necessidade de advertência, nos rótulos e embalagens, acerca dos riscos inerentes à composição dos produtos industrializados, sobretudo quando se trata de itens alimentícios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. José Antônio de. Publicidade e defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, 2003.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm> Acesso em 09 mai 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316–MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301612085&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637-0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300216370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Comentários a artigos da Constituição Federal de 1988. *In* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al*. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 41, jan-2002.

_____. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CENEVIVA, Walter. Publicidade e Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

EFING, Antônio Carlos. Bancos de dados e cadastro de consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEGRAIN, Marc. Publicidade e propaganda. São Paulo: Makron Books, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 1994, p. 7.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua a aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Modelos de direito privado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

UNILASALLE CANOAS-RS

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e fronteiras do controle. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO, Daniel. Comentários a artigos da Constituição Federal de 1988. *In* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al*. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOMAZZETI JÚNIOR. Alcides. Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do direito comum e do código de proteção do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO

CANOAS, 2016.

CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INFLUÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES IBÉRICAS PÓS-DITATORIAIS NA CARTA MAGNA DE 1988

Paloma Costa Andrade[1]

RESUMO: Face à influência cultural sobre o Brasil, advinda dos Países Ibéricos, a pesquisa se destina à ampliação do horizonte de semelhanças, ao evidenciar as contribuições no que atine aos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976 e da Carta Maior Espanhola de 1978 para a Carta Magna do Brasil de 1988. Para tanto, percorre-se tal caminho, por intermédio de uma análise histórica, por meio de investigação indireta e de pesquisa precipuamente bibliográfica. Ao final, realiza-se uma exposição dos aspectos mais relevantes da contribuição ibérica atinente aos *iurafundamentalis*na Carta *brasiliana* de 1988. Verifica-se, então, a contribuição dos países ibéricos para a positivação de tais direitos na ordem constitucional brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Carta Magna Brasileira de 1988. Constituição Espanhola de 1978. Constituição Portuguesa de 1976. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O motor propulsor que ensejou a realização da referida pesquisa adveio de um período de intenso mergulho intelectual realizado em Portugal e na Espanha. A semelhança cultural e linguística restava clara desde o início. No entanto, uma maior proximidade com as Cartas Constitucionais dos referidos países, ensejou uma reflexiva constatação acerca da notável semelhança entre as Cartas Ibéricas pós-ditatoriais e nossa Carta Magna de 1988.

De tal modo, assim se delineia o estudo *infra.* Por meio de uma investigação de cunho histórico que fundamenta a positivação dos direitos fundamentais no panorama ocidental centro-europeu. A seguir, realiza-se uma imersão nos ordenamentos constitucionais português de 1976, espanhol de 1978 e brasileiro de 1988, evidenciando-se as semelhanças no que tange aos direitos fundamentais.

Para que se concretize tal tarefa investigatória indireta, utiliza-se, como fontes bibliográficas, doutrinas nacionais e internacionais que versem acerca dos *iurafundamentalia,* além, por suposto, do teor das Constituições em estudo. Para tanto, a investigação se atém aos contornos dos direitos supracitados. A delimitação epistemológica em face de tais direitos advém, pois, da relevância e imprescindibilidade destes na conjuntura constitucional atual.

Ao tratar acerca dos direitos fundamentais e de sua positivação nas Cartas Magnas, pretende-se apresentar a influência não só dos já conhecidos aspectos econômicos e sociais. Objetiva-se a apresentação por um novo viés: o constitucional. A relevância do tema, portanto, resta explícita ao se tratar da positivação dos direitos basilares naquele documento fundamental de um país.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E DIMENSÕES

Em um primeiro momento, para que delineie a temática em estudo, resta necessário que se perpasse pela evolução histórica dos direitos fundamentais. Nesse sentido, versa-se sobre sua

---

1 Advogada; Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, graduada pela referida Universidade com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra, na Universidade de Valladolid e na Academia de Direito Internacional de Haia; *palomacostafd@hotmail.com*

fundamentação jusfilosófica, percorre-se o caminho do contratualismo e finda-se a análise na atualidade.

Por fim, cabe ainda, a explanação de diversas noções jurídicas, altercando-se acerca de conceitos pertinentes aos direitos fundamentais. Discorre-se acerca das dimensões dos mesmos. Impele-se, ao longo de todo o estudo, evidenciar a importância *sinequa non* dos direitos fundamentais, sua constante evolução e crescente relevância para os arcabouços jurídicos internacionais.

2.1 Delimitação Conceitual

Cabe realizar uma distinção terminológica em relação aos direitos em análise. Em que pese o caráter teórico da divergência, é importante salientar que inúmeras expressões são grafadas para tratarem dos direitos fundamentais, são estas: *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos individuais*. É importante delimitar, portanto, a extensão de cada vernáculo.

Percebe-se, pois, que enquanto os *direitos humanos* apresentam um caráter que remonta ao direito internacional, possuindo, desta feita, uma dimensão universal; os *direitos fundamentais,* apesar de também serem classificados como *direitos humanos* em função de seus titulares serem os seres humanos, são aqueles direitos reconhecidos e positivados por determinado Estado.

> [...] o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana (TRINDADE, 1993, p. 27-54).

Para Dimoulis (2011, p. 46-47), os direitos fundamentais são aqueles direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, que encontram-se contidos nos dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo dotado de supremacia dentro do Estado com finalidade maior de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Em consonância ao entendimento *supra*, conceitua ainda Gilmar Mendes (2010, p. 147) que a expressão *direitos fundamentais* é utilizada para designar aqueles direitos relacionados às pessoas, e encontram-se inscritosnos textos normativos próprios de cada Estado. Estes classificam-se como direitos que vigoram em uma ordem jurídica específica, sendo, portanto, garantidos e limitados no espaço e no tempo, visto que sassegurados na medida em que cada Estado os estabelece.

Outro aspecto salutar para a referida distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais diz respeito ao *duplo regime de fundamentalidade formal e material.* Assenta-se que, a *fundamentalidade formal* diz respeito à positivação das normas no maior grau hierárquico normativo possível, de forma que estas adquirem uma proteção especial, posto que encontram-se alocadas no ordenamento constitucional, através de prerrogativas como:

> A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se como base na fundamentalidade formal, indicando que um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 47).

A *fundamentalidade material*, por sua vez, relaciona-se ao fato de os respectivos direitos possuírem os ideais de suma importância para o Estado, apresentando-se, assim, como o pilar da sociedade.

Desta feita, percebe-se que apenas os *direitos fundamentais* são dotados da *dupla formalidade,* visto que unem o fato de estarem positivado no ordenamento e possuem em seu conteúdo valores

jurídicos fundamentais para o Estado. Os *direitos humanos*, por conseguinte, estão dotados apenas de *fundamentalidade material.*

Assinala, portanto, Martínez (1999, p. 132-133) que "a função principal dos direitos fundamentais na sociedade moderna é o de orientar a organização da sociedade e, principalmente do direito, como sistema de organização social." Verifica-se, pois, desta forma, em linhas gerais que os *direitos fundamentais* são aqueles dotados de maior efetividade do que aquela conferida aos *direitos humanos.*

2.2 Construção Histórica

Leciona Sarlet (*apud*STERN, 2011, p. 43), fundamentando-se na doutrina de Klaus Stern, acerca de três momentos distintos na evolução ao longo da história dos direitos fundamentais: um primeiro momento, dominado de etapa pré-história, fase esta que atinge o século XVII; uma espécie de fase intermediária, com a presente afirmação dos direitos humanos e do jusnaturalismo, e, por fim, a fase denominada de constitucionalização, esta iniciada com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776.

Abrangendo o período pré-histórico, visualiza-se que àquela época o homem já era considerado como titular de direitos, estes inalienáveis e naturais. Isto se devia somente ao fato de sua condição humana. No que diz respeito a esta fase, sabe-se que a partir da filosofia clássica e dos pensamentos greco-romanos e cristãos, extraíram-se os valores de igualdade, liberdade e dignidade que perpassam as Constituições da atualidade.

Para Martínez (1999, p. 112-133), é certo que não se pode falar em direitos fundamentais ate a advento da modernidade. Os referidos direitos e sua conceituação seriam próprios do mundo moderno, na medida em que as ideias que estão em sua fundamentação, como: dignidade humana, a igualdade e a liberdade, dispostas dispersamente em autores clássicos como Platão, Aristóteles e São Tomás de Aquino, não se unificavam neste conceito. Ademais, a conceituação não emerge da noite para o dia, mas é prescinde de uma cristalização paulatina que ocorre durante os processos sociais, históricos e políticos da modernidade.

Alcançando a Idade Média, John Locke (SARLET, 2011, p. 40), precursor do liberalismo, teorizava acerca de "direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência)". Tais direitos, segundo ele, seriam oponíveis inclusive ao Estado em face do contrato social. Em relação a este último, podemos citar ainda Rousseau, com sua "teoria do contratualismo" (SARLET, 2011, p. 40).

Ao percorrer o caminho da história, encontra-se em 1215, a *Magna ChartaLibertatum,* firmada pelo Rei João Sem-Terra, esta que apresentou inicialmente o devido processo legal e o *habeas corpus* (MARTÍNEZ, 1999, p. 41).

Posteriormente, com a Reforma Protestante, esta que culminou com o moderno conceito de liberdade religiosa, e cujas guerras tiveram contribuição ímpar para a posterior criação do absolutismo e do Estado moderno, chegou-se ao primeiro direito individual reivindicado: a liberdade de religião (LAFER, 1988, p.121).

A seguir, com a Revolução Gloriosa de 1688, pôde-se relatar a ascensão do Parlamento frente à monarquia inglesa e a limitação do poder absoluto do rei. Como consequência, em 1689, é promulgado o *Bill of Rights* impondo a limitação do poder do monarca, com a consequente separação dos poderes. (SARLET, 2011, p.42-43)

Já a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) é considerada o primeiro instrumento a formalmente reconhecer os direitos a que denomina-se fundamentais na atualidade (COMPARATO, 2003, p. 43).

> No ano da Declaração de Independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte, proclamou-se no estado de Virginia, em 12 de junho de '1976 uma "Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). Em seu texto, foram indicados direitos tais como a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de impressa, a proteção contra a repressão penal (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 23).

Outro passo de importância crucial para o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais deu-se com a decisão da Corte Suprema Americana que indicou que o texto constitucional estaria em um patamar superior a qualquer outra legislação, ainda que a mesma tenha sido criada por legislador federal. É o que se aduz do texto da Constituição Americana exposto a seguir:

> Se uma lei contrária à Constituição, e tanto a lei quanto a Constituição forem aplicadas no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei [...]. Se as Cortes devem respeitar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 24).

A Constituição Mexicana de 1917, por sua vez, inovou na seara constitucional ao colacionar em seu texto os direitos de liberdade, positivando, desta forma, os direitos fundamentais, em especial os de cunho social, estes que floreiam todo o texto constitucional mexicano.

Perpassando ainda este contexto, a Constituição de Weimar, que inspirou uma série de Constituições de outros países, em especial, a Constituição getulista de 1934 no Brasil, apresenta um sistema de direitos sociais divididos em cinco títulos, expondo um extenso rol de direitos fundamentais. Encontram-se estes na redação da referida Carta de Weimar no capítulo intitulado "Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães". São estes: "do indivíduo", "ordem social", "religião e sociedades religiosas", "educação e formação escolar" e "ordem econômica". Enquanto seus dois primeiros títulos positivavam as garantias liberais clássicas, os demais introduziram a dimensão econômica e social dos direitos fundamentais.

Apesar de sua curta vigência e de seus direitos socais serem interpretados como meros objetivos políticos, praticamente destituídos de juridicidade, a referida Constituição representou um importante marco no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, o que corrobora para reforçar a relevância dessa Constituição na História.

Acerca do assunto escreve Comparato (2003, p.188-189) ao enumerar que, a par das fraquezas, ambiguidades assinaladas e de sua breve vigência, a Carta de Weimar exerceu influência *sinequa non* sobre a evolução das instituições políticas no Ocidente. O Estado Democrático Social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana, de 1917, teve seus contornos melhor delineados na Alemanha de 1919.

Nesse sentido, A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe em seu texto acerca da igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade. Conforme explicitado a seguir: "Artigo 1, Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade" (DUDH, 1948).

Verifica-se, enfim, que apesar de tais direitos terem sido previstos em uma série de documentos pertencentes aos séculos XVIII e XIX, estes apenas foram amplamente garantidos nas décadas iniciais do século XX, nas Constituições da Rússia pós-revolucionária, da República de Weimar, na Alemanha, e em diversos países que sofreram influência dos movimentos socialistas.

2.3 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Para a doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais encontram-se divididos em gerações ou dimensões. A denominação *geração* encontra embasamento na teoria do tcheco KarelVasak, cuja "teoria das gerações de direitos", inspira-se na bandeira francesa, cujo simbolismo está atrelado às cores, significando: liberdade, igualdade e fraternidade, estas que seriam as três gerações de direitos fundamentais. Acerca do tema, discorre:

> Enfim nos deparam direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo (BONAVIDES, 2013, p.581).

Sabe-se, que tal visão é a predominante na doutrina brasileira, em especial, por sua repercussão ampliada por Paulo Bonavides. As três dimensões são aquelas compreendidas por: direitos civis e políticos, direitos sociais e econômicos e direitos de solidariedade.

Salienta-se ainda, segundo Bonavides (2013, p. 582), a existência de gerações de direitos fundamentais além das outrora mencionadas, dentre estes os denominados direitos de quarta dimensão – resultado da crescente internacionalização dos direitos fundamentais – compostos pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Tais direitos, no entanto, ainda não encontraram plena consagração no âmbito do direito internacional e na ordem constitucional interna.

Outra parcela da doutrina, porém, critica sobremaneira o termo *gerações,* pelo fato de o vocábulo *gerações* indicar uma substituição de cada geração por outra subsequente, o que não coaduna com a realidade em face de não ter havido abolição dos direitos das gerações anteriores.

Outro aspecto relevante relaciona-se à incompatibilidade do vernáculo *gerações* com o sentido cronológico, em face de as prestações estatais serem anteriores à criação das Constituições, tendo sido apenas garantidas por tais declarações e constituições do século XVIII e XIX. Leciona Paulo Bonavides (2013, p. 582-583) acerca da crise que permeia tais direitos:

UNILASALLE CANOAS-RS

> [...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Sugere-se, portanto, o termo "categorias" ou "espécies", assim como se categorizam as leis e atos jurídicos.

Os primeiros direitos fundamentais, oriundos do pensamento liberal-burguês, postulam os direitos dos indivíduos em relação ao Estado, também denominados de direitos "negativos", de abstenção ou direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Tais direitos emergiram como uma resposta ao Absolutismo, no posterior surgimento do Estado Liberal - de caráter acentuadamente individualista - com objetivo maior de proteção da liberdade do cidadão. Como é cediço, tais liberdades individuais englobam, entre outras, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

A segunda dimensão de direitos fundamentais, por sua vez, requer um exame pormenorizado. Estes são marcados por uma atividade positiva do Estado, através do dever prestacional estatal ao indivíduo. Pode-se citar, *ab initio,* o direito à educação, à saúde e à habitação. Noutra senda, é

importante salientar que se configuram entre as exceções, o direito à liberdade sindical e o de liberdade de greve, em face de estes não prescindirem de uma atividade positiva estatal.

Por fim, os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade referem-se a uma titularidade coletiva ou difusa, visando à proteção dos grupos humanos. Exigem, portanto, esforços em escala internacional para sua concretude. A título exemplificativo, pode-se elencar o direito à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os direitos, ora em análise, possuem uma titularidade que por vezes apresenta-se como indeterminável ou indefinida. Enuncia Sarlet (2011, p. 44) acerca dos referidos direitos, que estes seriam caracterizados como direitos de solidariedade ou fraternidade, isto em face de sua implicação de caráter universal ou, no mínimo, transindividual, e, ainda, por prescindirem de esforços e responsabilidades em escala global para sua concretude.

Além dos direitos em referência, existem outros direitos fundamentais dispersos ao longo do texto constitucional. Tais direitos provêm das normas internacionais ou da exposição de direitos outrora positivados no ordenamento jurídico nacional. Desse modo, enuncia a Carta em seu artigo 5º, parágrafo 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" (CRFB, 1988).

É importante ressaltar, que apesar de os direitos analisados ainda não se encontrarem plenamente positivados nos ordenamentos jurídicos, em face de não possuírem total reconhecimento no plano interno constitucional, os ditos direitos fundamentais percorrem o caminho da consagração no âmbito do direito internacional, através da presença de inúmeros documentos e tratados nesta seara.

3 A INFLUÊNCIA NA SEARA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CARTAS IBÉRICAS PÓS-DITATORIAIS NA CONSTITUINTE BRASILEIRA DE 1988

UNILASALLE CANOAS-RS

Nos Estados cuja democratização foi alcançada de forma tardia, como Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988), o fenômeno de constitucionalização do Direito terminou por se concretizar recentemente. O que parece comum às constituições, especialmente aqui, em nosso objeto de estudo que compila as cartas ibéricas e brasileiras , é a irradiação dos direitos fundamentais para além das normas constitucionais, com a extensão dos princípios constitucionais fundamentais aos diferentes domínios do direito infraconstitucional.

3.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976

Na Constituição Portuguesa de 1976, os direitos fundamentais são considerados "situações jurídicas fundamentais das pessoas" (ALEXANDRINO, 2007, p.30-31), estando, portanto, reconhecidas e postas entre os artigos 24 a 79 da Constituição.

Os direitos, liberdades e garantias encontram-se formalmente expressos entre os artigos 24 a 57 da Carta Portuguesa (AMARAL, 2011, p. 8). A intenção de sistematização dos referidos direitos, para Alexandrino (2006, p. 154-155) culminou em uma importante divisão dos direitos, liberdades e garantias, consistindo tal segmentação em uma "base consistente e incontornável da estruturação constitucional relevante dos conteúdos materiais dos direitos, liberdades e garantias" (AMARAL, 2001, p. 8).

Com a Lei Constitucional nº 1/89, a Constituição da República Portuguesa de 1976 organizou os direitos fundamentais no seu Título II em: direitos, liberdades e garantias pessoais. Tal título subdivide-se ainda em: Capítulo 1: Direitos, liberdades e garantias de participação política; Capítulo 2:

direitos, liberdades e garantias de participação política e capítulo 3: direitos econômicos, sociais e culturais. Leciona acerca dessa classificação, ressaltando sua relevância em uma série de aspectos:

> (1) porque ela não constitui um simples esquema classificatório, antes pressupõe um regime jurídico- constitucional especial, materialmente caracterizador (cfr.art. 17.°), desta espécie de direitos fundamentais; (2) porque esta classificação e este regime vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição; (3) porque os preceitos constitucionais consagrados de direitos, liberdades e garantias se atribui uma força vinculante e uma densidade aplicativa (<< aplicabilidade directa>>) que apontam para um reforço da <<mais valia>> normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, inclusive as referentes a outros direitos fundamentais (CANOTILHO, 1992, p. 534).

Sabe ainda que, no texto constitucional português, outros direitos fundamentais permeiam o texto, ainda que não se encontrem expressos na lista de direitos fundamentais, denominada "catálogo". Assinala, ainda Andrade (1987, p. 357):

> Na Constituição Portuguesa, as normas que preveem os direitos (sociais) a prestações, contêm *directivas* para o legislador ou, talvez melhor, são *normas impositivas de legislação*, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha indicar ou impor ao estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Não significa isso, porém que se trate de normas meramente progamáticas, no sentido simplesmente proclamatória, visto que têm força jurídica e *vinculam* efetivamente os poderes públicos, impondo-lhe autênticos *deveres* de legislação. O lesgislador não pode decidir se atua ou não: é-le proibido o <<non facere>>. Tal como, relativamente à conformação do conteúdo dos direitos, mesmo que possa escolher em grande medida o que quer, não é livre de escolher o que quer que seja.

Desta feita, assim como na Carta Brasileira de 1988, na Constituição Portuguesa de 1976 há a previsão em seu artigo 16º, de outros direitos além dos formalmente constitucionais, os denominados direitos materialmente fundamentais. Tais direitos apresentam-se como "*norma de fattispecie aberta*" por sua amplitude, alcançando não só aqueles expressamente positivados no texto constitucional, mas também todas as possibilidades de direitos, de modo que os direitos fundamentais presentes em legislações infraconstitucionais e em normas de direito internacional alcançam o *status* de direitos fundamentais plenamente reconhecidos.

Desta forma, o que se constata ao se debruçar no estudo das Constituinte Portuguesa de 1976 é a presença na Lei Fundamental Portuguesa de um constituição de caráter normativa, que possui uma função garantista direcionada para os direitos fundamentais e, seguindo o exemplo da na tradição Constituição Portuguesa de 1822, possui em seu texto, um amplo rol de direitos positivados, quando em comparação com as demais cartas constitucionais de Portugal (VAZ, 2012, p. 285).

3.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição Espanhola de 1978

No esteio da Carta portuguesa de 1976, que a precedeu e que a influenciou em vários aspectos, a Constituinte espanhola de 1978 representa uma consequência e do processo de transição democrático espanhol, sendo ambas testemunho do processo de redemocratização instaurado pela revolução portuguesa nos idos de 25 de abril de 1974 (MOREIRA, 2008, p.1).

No entanto, enquanto o percurso de transição democrática português representou um exemplo de transição por meio da ruptura revolucionária, somado à um conturbado processo de constitucionalização e de consolidação da democracia, que prosseguiu até 1982; a transição espanhola, por seu turno, evidencia uma faceta bem-sucedida do fenômeno de transição pactuada. Face ao

contexto de abertura política do regime autoritário *post-mortem* do ditador Franco em 1975, a constituinte surgiu em um período histórico de disponibilidade das forças democráticas para a realização de um acordo para constituição de regime de transposição do regime ditatorial para o democrático, por meio da liberalização política e do processo eleitoral (MOREIRA, 2008, p. 1).

Como sétima constituição espanhola desde a histórica Constituição de Cádiz de 1812, a Carta de 1978 é já galga a marca de ser a segunda constituinte mais estável da história constitucional espanhola. Representando, ainda, a constituição democrática de caráter mais duradouro após a Constituição da II República. A par dos avanços constitucionais pela positivação dos direitos fundamentais, a carta espanhola já representa um exemplo bem sucedido de constitucionalismo moderno (MOREIRA, 2008, p.1).

A Constituição Espanhola de 1978 divide-se em quatro capítulos. Em seu título primeiro, positiva os direitos e deveres fundamentais. Apenas o primeiro capítulo refere-se a um tema diverso do enunciado geral, por se tratar de um tema clássico das Constituições espanholas: "Os espanhóis e os estrangeiros."

Os direitos fundamentais, por sua vez, se encontram sistematicamente postulados no artigo 14, este que inicia o segundo capítulo. O terceiro, por sua vez, não diz respeito especificamente à direitos e liberdades, mas sim a normas que possibilitem efetivar as ações dos poderes públicos. Por fim, o capítulo quarto, se refere às garantias das liberdades e aos direitos fundamentais. Conforme Segato (1997, p. 161-507) explana:

> A Constituição Espanhola de 1978 contempla, de forma extensiva, os direitos e liberdades do ser humano, até por razões dialéticas, na medida em que, durante a ditadura do general Francisco Franco, não se colocava nem o seu reconhecimento, nem a sua proteção. Devendo tais direitos ser objeto de especial atenção do legislador constituinte, de forma detalhada e mesmo prolixa.

UNILASALLE CANOAS RS

Aduz Gregório Peces-Barba Martínez (1981, p. 42) que os direitos fundamentais na Constituição espanhola de 1978 podem dividir-se da seguinte forma: direitos de autonomia; direitos subjetivos de crédito frente ao Estado, aos demais poderes públicos e a outros particulares e direitos dever. Acerca dos últimos, leciona:

> São aqueles que em sua condição de direitos participam da estrutura de exercício dos tipos anteriores, especialmente do segundo, porque, junto com o direito a exercê-lo, o titular tem também dever de fazê-lo e o Estado e os poderes públicos, obrigados a satisfazê-lo, tem também o direito a exigi-lo. Desde a perspectiva do titular do direito, o que caracteriza a este terceiro grupo é a coincidência junto a este direito, do dever, por isso que o chamamos de direitos-dever. O exemplo mais claro é o direito à educação. O artigo 27 estabelece o direito à educação em seu número primeiro, por sua vez, em seu número quarto, também assinala que a educação básica é obrigatória (MARTÍNEZ, 1981, p. 43).

Por fim, ao se comparar a Lei Fundamental Portuguesa de 1978 à Espanhola de 1976 avalia-se que, diferentemente o texto normativo luso, por várias vezes alterado de forma extensa e profunda em alguns capítulos, a Constituinte espanhola de 1978 sofreu apenas uma alteração em 1992, objetivando a incorporação da elegibilidade dos estrangeiros em eleições municipais. Para tanto, fator primordial para a consecução da referida estabilidade constitucional encontra-se presente também na Carta Brasileira de 1988: a dificuldade do procedimento de revisão constitucional (MOREIRA, 2008, p. 1).

3.3 Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

É sabido que a conotação de destaque conferida aos direitos fundamentais auferidos no Título II da Carta Magna Brasileira possui o mesmo peso concedido aos direitos e garantias fundamentais presentes na Parte I da Constituinte Portuguesa. Em que pese sua sistematização diversa, no entendimento de Miranda, (2010, p. 23) a Constituição brasileira de 1988, no tocante aos Direitos Fundamentais, faz uma conjugação de direitos com a estrutura de direitos, liberdades e garantias sem estabelecer distinções entre as categorias, nem elencar regras gerais aplicáveis a cada um destes.

Os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 encontram-se subdivididos da seguinte forma: Direitos individuais e coletivos, dispostos no artigo 5º e correlacionados à definição de pessoa humana, abrangendo conceitos como: vida, liberdade, honra e dignidade; Direitos sociais, previstos nos artigo 6º e 11, constituindo liberdades de observância compulsória do Estado, possuindo como objetivo maior a concretude da igualdade social. Encontram-se neste rol, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados; Direitos de nacionalidade, arrolados nos artigos 12 e 13, estando relacionados ao direito do homem a possuir um vínculo de caráter jurídico e político com o Estado, de modo a integrá-lo ao povo e submetê-lo ao cumprimento dos deveres próprios do Estado ao qual se encontra submetidos; Direitos políticos, elencados nos artigos 14 a 16, apresentando-se como um conjunto de regras que rege o *modus operandi* de concretude da soberania do povo; Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, estes regulamentados no artigo 17 e considerados de suma importância na preservação do Estado Democrático de Direito e na atuação do sistema representativo.

A classificação que a Carta Magna de 1988 faz dos Direitos Fundamentais nos cinco capítulos do Título II em muito diverge da classificação proposta pela Lei Fundamental Portuguesa de 1976 na Parte I, que trata dos direitos e deveres fundamentais e classifica-os em três Títulos: Os direitos, liberdades e garantias, estes subdivididos, ainda, em outros três capítulos, quais sejam: direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política; direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (CAMARGO, 2006, p. 1035).

Entretanto, na essência, constata-se que o tratamento constitucional em muito se assemelha. Ainda que se peque na sistematização dos direitos fundamentais, percebe-se na Carta de 1988 um grande avanço galgado face às demais Constituições brasileiras antecessoras, em que tais direitos detinham a conotação objetivos limitadores do poder, pospostos às normas de organização política. Sobre o assunto, ressalta Manuel Gonçalves Ferreira (1996, p. 64) que a Constituição portuguesa expressou o modelo perseguido pelo Constituinte de 1988 para antepor os Direitos Fundamentais à organização política, conferindo-lhes, assim, ênfase especial (CAMARGO, 2006, p. 1040).

Sabe-se que a CFRB/88 apresentou-se como um marco da transição democrática, tendo desde seu preâmbulo a instituição de um Estado democrático, redefinindo, desta forma, o Estado brasileiro. A nova Carta, portanto, institucionaliza os direitos fundamentais e ressalta o novo modelo de Estado do Bem-Estar Social, pondo fim ao antigo modelo de Estado liberal.

Pode-se inferir ainda, que a CFRB/88 amplia a dimensão de direitos e garantias fundamentais, absorvendo a tutela dos direitos difusos e coletivos, consolidando, desta forma, a extensão de titularidade de direitos e fomentando o número de bens merecedores de tutela, por intermédio da ampliação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É salutar a inspiração da Constituinte brasileira de 1988 em diversas das constituições modernas. No entanto, o que se verifica é que não Carta tão invocada quanto à Lei Fundamental

Portuguesa de 1976, inclusive nas diversas fases e etapas do processo de elaboração da Carta Magna Brasileira durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88.

Certo é que a referida carta lusa funcionou como instrumento de inspiração na introdução de novos conceitos e na positivação dos direitos fundamentais no Direito Constitucional brasileiro. Para além da contribuição explícita, pode-se notar a importância ao da carta portuguesa ao apresentar-se como modelo no período em que o Brasil perpassava seu período de reformas e consolidação democrática. A nova estruturação de Estado e de sociedade fundada no Estado Democrático de Direito, consagrada em ambas, representa a construção de um sólido alicerce para a manutenção, ampliação e efetivação dos direitos fundamentais. (CAMARGO, 2006, p. 57).

De sorte que, se constata ainda, a importância da influência da Carta Espanhola de 1978 na Lei Maior Brasileira, precipuamente no que tange à sua estruturação de uma constituição rígida, propensa à um extenso e rigoroso critério para sua alteração, para a garantia da manutenção dos direitos fundamentais no texto normativo maior.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Direitos Fundamentais. Introdução Geral. Estoril: Princípia, 2007.

AMARAL, Karina Almeida. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 7, n. 7, p. 209-231, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.Coimbra: Almedina, 1987,p. 357.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Locke e o Direito Natural. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Constitucionalismo Luso Brasileiro: RIDB, Ano 1 (2012), nº 12| 7315 influxos recíprocos. Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976. MIRANDA, Jorge. (Org.) Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Manual de Direito Constitucional, volume 2.

_____. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1. ed., Coimbra: Almedina, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. A influência da constituição da República portuguesa de 1976 sobre a constituição da República federativa do Brasil de 1988. I trent'annidellacostituzioneportoghese, p. 1000-1052, 2006.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/ EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo português e Constitucionalismo brasileiro. Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976. MIRANDA, Jorge. (Org) Coimbra: Coimbra, 1996.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6. ed., 2006.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio. (direcctores). Nuevo Derecho Constitucional Comparado. Valencia: Tirant lo bllanch, 2000.

MARTÍNEZ, GregórioPerces-Barba. Derechos Fundamentales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política). Dykinson: Madrid, 1999.

_____. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1. de 1969. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Vital. Nos trinta anos da Constituição espanhola, 2008. Disponível em: <http://www.publico.pt/opiniao/jornal/nos-trinta-anos-da-constituicao-espanhola-287293.> Acesso em: 20/4/2016

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEGATO, Francisco Fernando. El sistema constitucional español, 3ª reimpression, Madri, 1997, pg 161-507.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNILASALLE CANOAS-RS

_____. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, 2006. p.23-51. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf> Acesso em: 22/10/2015.

_____. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 285.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE: PROTEÇÃO DOS ANIMAIS HUMANOS E NÃO-HUMANOS

CANOAS, 2016.

DIREITO À SAÚDE DA MULHER NAS CIDADES GÊMEAS: SANTANA DO LIVRAMENTO-BR/RIVERA-UR E CHUÍ-BR/CHUY-UR

Marcia Andrea Bühring[1,2]

RESUMO: O relato analisa, o direito à saúde, enquanto dever do Estado, e direito de todos, e como esse direito humano e fundamental á saúde integral da mulher é cumprido na fronteira Brasil e Uruguai: Santana do Livramento(BR)/Rivera(UR) e Chuí(BR)/Chuy(UR), assim como o papel do Mercosul, e dos Acordos e Ajustes fixados. O estudo avaliou mulheres que vivem em região de fronteira, sendo (64,3%) na cidade de Santana do Livramento-BR e (35,7%) na cidade do Chuí-BR. As entrevistas foram conduzidas em hospitais (17,9%), postos de saúde (21,4%) e em outros lugares tais como bares/restaurantes, na rua (60,7%) utilizando o processo de seleção amostral não-probabilístico por conveniência. Trata-se de pesquisa qualitativa e não quantitativa, apontando as dificuldades e facilidades do Sistema de Saúde.E como resultados, verificou-se que existem boas ações, principalmente em Santana do Livramento no pronto atendimento, com a acolhida, a prestação de informações, a preocupação com o bem estar, o fino trato para dar noticias tristes como o evento morte, são boas iniciativas. Dessa forma pode-se dizer sim, que há a promoção, reconhecimento, e respeito aos seus direitos humanos, e fundamentais, a fim da garantia de bem-estar das mulheres. Também a gradual implantação do programa nacional PAISM, do SAE, além de boas práticas com a cidade vizinha Rivera, como vacinação, combate a dengue.

1 INTRODUÇÃO

Apresenta-se um relato de uma experiência vivenciada no contexto brasileiro e internacional, mais especificamente,nas cidades gêmeas, Santana do Livramento(BR)/Rivera(UR) e Chuí(BR)/Chuy(UR) em relação e com respaldo no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, ao direito à saúde enquanto dever do Estado, e direito de todos, direito esse humano e fundamental social.

O tema central, é a analise da saúde (dita Integral da mulher), e sua verificação em termos praticos.

O Objetivo é mostrar, que com o Mercosul se tem uma mera expectativa de efetivação do direito à saúde. Outro objetivo é mostrar que apesar de existirem Acordos e Ajustes fixados, em nível internacional, que trariam a visualização concreta dos direitos sociais, em termos praticos, não existe tal efetivação. Vale destacar o 'Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios para Prestação de Serviços de Saúde', de 2008, por meio do Decreto nº 7.239/10, que possibilita o trânsito e utilização dos serviços de saúde de ambos os lados, ou seja nos dois países.

A justificativa apresentada é no sentido de que os dois países apresentam Sistemas Únicos de Saúde, para a concretização do direito humano e fundamental-social à saúde integral da mulher. Do lado brasileiro, o atendimento prestado pelo SUS (Sistema Único de Saúde, no Brasil), do lado Uruguaio o SNIS (Sistema Nacional Integrado de Saúde, no Uruguai).

---

1 Ver também: BÜHRING, Marcia Andrea. Direitos humanos e fundamentais, migração nas fronteiras Brasil e Uruguai: uma análise dos déficits do direito social à saúde da mulher nas cidades gêmeas: Santana do Livramento-BR/Rivera-UR e Chuí-BR/Chuy-UR. *Tese de Doutorado*. PUCRS, Porto Alegre, 2013.

2 Doutora pela PUCRS-Brasil. Mestre pela UFPR. Professora da PUCRS e da UCS - Universidade de Caxias do Sul – UCS, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Ambiental e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: CMC-U. Advogada e Parecerista. Email: mabuhrin@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br

Quanto aos métodos da pesquisa, após aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa da PUCRS, também foi entregue para cada um dos participantes, mulheres, atores, gestores, um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

No que se refere à caracterização da amostra, dos dados dos questionários aplicados às mulheres, o estudo avaliou mulheres que vivem em região de fronteira, na cidade de Santana do Livramento - BR e na cidade do Chuí - BR. As entrevistas foram conduzidas em hospitais, Postos de Saúde e em outros lugares tais como bares/restaurantes, ônibus ou na rua, utilizando o processo de seleção amostral não probabilístico por conveniência.

Importante observar que se trata de uma pesquisa qualitativa e não quantitativa, conjugando as respostas fornecidas pelas mulheres, (para as quais foi aplicado o questionário padrão, com perguntas fechadas e abertas).

No que se refere às entrevistas realizadas com gestores e atores locais, cujas entrevistas foram realizadas pessoalmente.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA FRONTEIRA - CIDADES GÊMEAS

Segundo a Organização Mundial em Saúde (OMS), ao destacar a saúde como completo estado de bem-estar em todas as suas dimensões, destaca especificamente três (física - mental - social). Entende-se, todavia, que a saúde integral (aqui não só, mas também e principalmente a saúde da mulher na fronteira) deve atender a um conjunto bem mais amplo de dimensões, como (física - energética - emocional - mental - cultural - social - ambiental e - espiritual), pois ter saúde, não é apenas não ter doença.

Importante mencionar na seara da Integração entre Brasil e Uruguai, que foi realizado importante "Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios" de 21 de agosto de 2002, que o Congresso Nacional aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 907, de 21 de novembro de 2003, e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 5.105, de 14 de junho de 2004. (Acesso em: 13 mai. 2013)

Além de um "Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para Prestação de Serviços de Saúde", firmado no Rio de Janeiro, em 28 de novembro de 2008, que o Congresso Nacional aprovou esse Ajuste Complementar por meio do Decreto Legislativo nº 933, de 11 de dezembro de 2009, que entrou em vigor em 17 de janeiro de 2010. Decreto nº 7.239, de 26 de julho de 2010. Note-se, específico para prestar serviços de saúde. (Acesso em: 13 mai. 2013).

Sendo que o artigo III, do Ajuste complementar, destaca a prestação e a forma de realização dos serviços de saúde:

> 1. A prestação de serviços de saúde será feita mediante contrato específico entre os interessados de cada país.
> 2. As Partes contratantes serão pessoas jurídicas de direito público e de direito privado e as Partes Contratadas, pessoas jurídicas de direito público, pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas físicas.
> 3.Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema de Saúde de cada Parte.
> 4. O contrato terá por objeto a prestação dos seguintes serviços de saúde humana, entre outros:
> a) serviços de caráter preventivo;
> b) serviços de diagnóstico;
> c) serviços clínicos, inclusive tratamento de caráter continuado;
> d) serviços cirúrgicos, inclusive tratamento de caráter continuado;
> e) internações clínicas e cirúrgicas; e
> f) atenção de urgência e emergência. (Acesso em: 13 mai. 2013).

Pelo Acordo e o Ajuste ao Acordo de 2004, estão vinculadas diferentes localidades, justamente, cidades gêmeas, que fazem divisa com o país vizinho de:

> 1. Chuí, Santa Vitória do Palmar/Balneário do Hermenegildo e Barra do Chuí (Brasil) a Chuy, 18 de Julho, Barra de Chuy e La Coronilla (Uruguai) "Pueblo San Luís" (Departamento de Rocha) a partir de 2008
> 2. Jaguarão (Brasil) a Rio Branco (Uruguai);
> 3. Aceguá (Brasil) a Aceguá (Uruguai);
> 4. Santana do Livramento (Brasil) a Rivera (Uruguai);
> 5. Quaraí (Brasil) a Artigas (Uruguai);
> 6. Barra do Quaraí (Brasil) a BellaUnión (Uruguai).
> 7. "Colônia Nova" (Aceguá, Brasil) a "Villa Isidoro Noblía (Departamento de Cerro Largo, Uruguai) a partir de 2008.

Logicamente as duas áreas de interesse, do relato da experiência são: Santana do Livramento (BR) e Rivera (UR); assim como Chuí (BR) e Chuy (UR), fronteiras secas, divididas por ruas.

Observe-se também que na Exposição de Motivos o Ministro das Relações Exteriores aduz que o instrumento permitirá o acesso recíproco de nacionais brasileiros e uruguaios "a serviços de saúde nos dois lados da fronteira, evitando situações de deslocamento por centenas de quilômetros para receber tratamentos disponíveis em uma mesma área urbana", sendo que não se podia acessar por falta de acordo entre as Partes, todavia, agora, "o Ajuste contribuirá, ainda, para evitar a duplicidade de esforços e para o uso mais racional da infraestrutura". (Acesso em: 13 mai. 2013).

Para a Confederação Nacional de Municípios (CNM), "este instrumento representa um passo importante na integração fronteiriça e tem um caráter inovador no contexto das relações do Brasil com o Uruguai", sendo antiga reivindicação dos Municípios da fronteira Brasil-Uruguai, "o instrumento permitirá o acesso recíproco de brasileiros e uruguaios a serviços de saúde nos dois lados da fronteira". O Ajuste Complementar procura responder a realidade específica da Fronteira", em especial localidades e cidades gêmeas da fronteira Brasil-Uruguai. Nesses casos, as "populações compartilham o mesmo espaço urbano e os mesmos problemas, o que requer um tratamento integrado da situação para garantir soluções eficazes. Em muitas localidades de fronteira, há situações de emergência médica", vez que gerava insegurança na população fronteiriça.(CNM, Acesso em: 27 mai. 2013).

Quanto à emergência médica, o relator do PDC, deputado Dr. Rosinha, refere que em muitas localidades de fronteira, frente às situações de emergência, já existe colaboração ativa na prestação de serviços de saúde aos cidadãos. "No entanto, a falta de um instrumento jurídico que discipline a questão gera insegurança jurídica e afeta o bem-estar da população fronteiriça". (Acesso em: 27 mai. 2013).E mais,

> Graças ao acordo agora aprovado, uma gama completa de serviços médicos - de urgência, emergência, preventivos, de diagnóstico, clínicos, cirúrgicos, de internação, ou de caráter continuado - poderá estar disponível à população da região, mediante contrato específico entre as pessoas ou entidades interessadas. As formas de pagamento obedecerão às normas de cada país. [...] O benefício vale exclusivamente para os cidadãos reconhecidos como fronteiriços. A figura do "fronteiriço" foi criada para consagrar uma realidade há muito presente no dia-a-dia das populações da faixa de fronteira entre o Brasil e o Uruguai. Ela se aplica aos habitantes de localidades geminadas, dentro de uma faixa de até 20 km da fronteira. A integração dos serviços médicos não significa a liberação do acesso total dos fronteiriços ao sistema de saúde da outra parte, mas apenas aos serviços já disponíveis na respectiva localidade vinculada, e de acordo com as normas dos sistemas de saúde de cada país. (Acesso em: 27 mai. 2013).

O que chama a atenção é justamente que os habitantes das cidades gêmeas, dentro de uma faixa de até 20 km da fronteira tem disponível uma integração em termos de serviços de saúde, o que "não significa a liberação do acesso total dos fronteiriços ao sistema de saúde da outra parte", e nem que haja cobertura total nos atendimentos por parte do Sistema Único de Saúde do Brasil - (SUS) e Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS).

Ao que conclui Maria Cecília Butierres, (2011) que o Ajuste Complementar dispôs sobre problemas práticos vivenciados na fronteira e estavam na iminência de regulação, e traz como exemplo: "a formalização de acordos e convênios, a livre circulação de ambulâncias nas localidades fronteiriças, bem como a desburocratização para a emissão de registro de nascimento e certidão de óbito".

A criação do subgrupo de trabalho nº 11 "SAÚDE" se deu por meio de uma resolução MERCOSUR/GMC/RES Nº 151/96, no XXIV GMC em Fortaleza-Brasil em 13/12/96. (MERCOSUL, Acesso em: 28 mai. 2013).

Cuja tarefa geral é "harmonizar as legislações dos Estados Partes referentes aos bens, serviços, matérias-primas e produtos da área da saúde, os critérios para a vigilância epidemiológica e controle sanitário", tendo como finalidade a promoção e proteção da "saúde e a vida das pessoas e eliminar os obstáculos ao comércio regional, contribuindo dessa maneira ao processo de integração". (Portal da Saúde. Acesso em: 06 nov. 2012).

Aqui, merece destaque que o "Subgrupo de trabalho nº 11 - Saúde" é um dos 14 subgrupos que compõem o GMC (Grupo Mercado Comum). (MERCOSUL, Acesso em: 06 nov. 2012).

Por outro lado, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tem participação ativa em cada uma das três Comissões: Vigilância em Saúde, Produtos para a Saúde e Serviços de Atenção à Saúde. (ANVISA. Acesso em: 27 mai. 2013).

Dessa forma, desempenha a ANVISA, importante papel, no controle, acompanhamento e definição de medidas a serem adotadas, para uma integração efetiva.

Perfazem, portanto, o eixo orientador para as Coordenações Nacionais, que, por meio de suas Comissões, Subcomissões e grupos *ad hoc*, desenvolvem suas atividades pautadas no Acordo (Portal Da Saúde. Acesso em: 06 nov. 2012).

A portaria nº 929 de 2 de maio de 2006, instituiu o Fórum Permanente MERCOSUL para o Trabalho em Saúde (Ministério da Saúde. 2006).

O Fórum Permanente MERCOSUL para o trabalho em saúde foi criado no Ministério da Saúde, em 2004, cujo objetivo era "ser um espaço de diálogo e cooperação entre os gestores e os trabalhadores da saúde, sob a responsabilidade do Departamento de Gestão e Regulamentação do Trabalho em Saúde - DEGERTS", tendo sido institucionalizado pela Portaria nº 929/06, do Ministério da Saúde. (Ministério da Saúde. 2006).

O então Presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2003) comenta que o MERCOSUL "deve constituir-se em um espaço de articulação de políticas industriais, agrícolas, de ciência e tecnologia, que assuma também uma dimensão social, e que garanta a livre circulação de pessoas".

A integração é um processo e para que ela aconteça, é necessário que o MERCOSUL seja uma política de Estado e que seja priorizada como tal, advertem Edmundo Gallo e Laís Costa (2004).

Acrescentam ainda, que grandes são os desafios para a Integração no MERCOSUL, o de construir um efetivo Mercado Comum, sem perder de vista a justiça social, e redução das desigualdades,

> dentro de um Marco de Referência para a Saúde, os 6 princípios básicos da nossa Constituição Federal e da nossa Lei Orgânica: a eqüidade, a universalidade de atenção, a participação, a eficiência, a integração e a descentralização.
> A Integração refere-se ao relacionamento concreto das medidas de saúde: promoção,

> prevenção, recuperação e reabilitação, em todos os níveis e com continuidade - e a promoção da saúde, mediante o processo de desenvolvimento. Assim, podemos construir a estrutura dos Serviços Integrados de Saúde do MERCOSUL, o SIS-MERCOSUL. (GALLO, COSTA, 2004).

Para que o SIS-MERCOSUL, funcione, necessárias, políticas públicas, de investimento: "o Governo federal investirá R$ 265 milhões em serviços integrados de atendimento à mulher (em situação de violência), aqui vale o destaque primeiro quanto ao serviço publico de saúde" (ainda que para uma situação específica de violência sexual contra mulher), logo, saúde da mulher, vale a menção 1º quanto a humanização, (OBSERVATÓRIO DE GENERO. Acesso em: 12 mai. 2013), 2º o serviços nas fronteiras, com a criação de 6 núcleos, entre elas a cidade de Santana do Livramento (RS) (OBSERVATÓRIO DE GENERO. Acesso em: 12 mai. 2013).

Vale a pena mencionar ainda, que no Uruguai, a lei n º 18.211 de 2007, referente ao Sistema Nacional Integrada de Saúde do Uruguai afirma em seu artigo 1º que a "lei regula o direito à proteção da saúde de todos os habitantes que vivem no país e estabelece os procedimentos para o acesso aos serviços de saúde abrangentes, cujas disposições são de interesse público e social".

E, no artigo 2 º refere especificamente que "compete ao Ministério da Saúde a implementação em ambito Nacional da saúde integrada, articulada aos prestadores públicos e privados de assistência integral à saúde", conforme determinado pelo artigo 265 da Lei n º 17.930, de 19 de dezembro de 2005. Esse sistema irá garantir o acesso aos serviços de saúde abrangentes para todos os moradores que vivem no país.

E ainda, no artigo 3 º traz a lei uruguaia, os princípios orientadores do Sistema Nacional Integrado de Saúde, sendo que o Uruguai recentemente em 2008, organizou uma reformulação de seu Sistema de Saúde a fim de implementar o Sistema Nacional Integrado de Saúde. (SNIS), com destaque a atenção integral, portanto, público-privada, sem fins lucrativos, e Fundo Nacional de saúde, pago por ingresso. (SOLLAZZO; BERTERRETCHE. Acesso 28 de maio de 2013).

Por fim, a partir da Cartilha de direitos e deveres dos usuários (as) dos serviços de saúde, vale o registro, adotada a partir de 2010 no Uruguai, para controlar os serviços oferecidos por instituições públicas e privadas em todo o país e que faz parte da segunda etapa da reforma da saúde, que visa consolidar "a saúde como um direito" e "empoderamento" dos usuários, visto que nos últimos anos, o Ministério da Saúde (MS) tem trabalhado intensamente em novas regras sobre os direitos e benefícios do Sistema Nacional Integrado de Saúde, e isso se reflete no conteúdo da cartilha, uma ferramenta para os usuários e os usuários conhecerem os seus direitos na área da saúde e os mecanismos pelos quais reclamar e / ou defendê-los se eles são violados.

Antes da verificação pontual do que se concluiu na pesquisa de campo, é necessário mostrar antes, quais princípios, elementos, diretrizes e objetivos fixou o Ministério da Saúde brasileiro em relação à Saúde Integral da Mulher, vez que a humanização e a qualidade da atenção à saúde, são pressupostos, são condições essenciais para que as ações da saúde possam ser concretizadas.

Os princípios para uma Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, (BRASIL, 2007), que são o principio da humanização e da qualidade.

> A humanização e a qualidade da atenção em saúde são condições essenciais para que as ações de saúde se traduzam na resolução dos problemas identificados, na satisfação das usuárias, no fortalecimento da capacidade das mulheres frente à identificação de suas demandas, no reconhecimento e reivindicação de seus direitos e na promoção do autocuidado. As histórias das mulheres na busca pelos serviços de saúde expressam discriminação, frustrações e violações dos direitos e aparecem como fonte de tensão e mal-estar psíquico-físico. (BRASIL, 2007).

Percebe-se que a humanização e a qualidade da atenção são indissociáveis, e necessariamente "implicam na promoção, reconhecimento, e respeito aos seus direitos humanos, dentro de um marco ético que garanta a saúde integral e seu bem-estar". Para tanto, a qualidade da atenção exige mais "do que a resolução de problemas ou a disponibilidade de recursos tecnológicos". E humanização deve ser "mais do que tratar bem, com delicadeza ou de forma amigável". (BRASIL, 2007).

Finaliza-se com passagem de Amartya Sen, (2010, p. 263 e 291) quando aponta a mulher, como agentes (de transformação social) e cuidar da sua saúde, é um dever, uma responsabilidade, uma liberdade. "Já não mais receptoras passivas de auxílio para melhorar seu bem-estar, as mulheres são vistas cada vez mais, tanto pelos homens como por elas próprias, como agentes ativos de mudança" são promotoras de transformações sociais.

O grande alcance da condição de agente das mulheres é uma das áreas mais negligenciadas nos estudos sobre o desenvolvimento e requer correção urgente. Pode-se dizer que nada atualmente é tão importante na economia política do desenvolvimento quanto um reconhecimento adequado da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres. Esse é, de fato, um aspecto crucial do "desenvolvimento como liberdade". [...] o conceito de "desenvolvimento como liberdade", é reforçado por essas relações empíricas, pois - como de revelou - a solução do problema do crescimento populacional (assim como de muitos outros, sociais e econômicos) pode estar na expansão das liberdades das pessoas cujos interesses são mais diretamente afetados pela gestação e criação demasiado frequentes de filhos, ou seja, as mulheres jovens. A solução do problema da população requer *mais* liberdade, e não menos.

3 DESAFIOS - SUGESTÕES - O QUE GARANTE E O QUE IMPEDE O ACESSO À SAÚDE EM ÁREA DE FRONTEIRA

UNILASALLE CANOAS-RS

Sobre a sugestão para melhorar o sistema de saúde e seu atendimento às mulheres, que o Sistema MERCOSUL funcione (de direito e de fato), que o atendimento bilateral se efetive plenamente, para um melhor entendimento no trabalho médico, a concretização do sonho de ambos os países: que "o Hospital Binacional", saia do papel.

Dessa forma, o que garante e o que impede o acesso à saúde na região da fronteira, - "O que garante é a proximidade com Rivera, se comparado com a primeira cidade do lado brasileiro a 100km que é Quaraí". E, o que impede, "é a falta de médicos especialistas, a exemplo de ginecologistas, pediatras, cardiologistas e neurologistas, justamente em razão da quantidade da população de 84 mil habitantes, segundo senso de 2010, além de aproximadamente de 6 a 8 mil santanenses, que residem em Rivera, e também, 33 assentamentos de sem terra, hoje, no município".

E, para melhorar o sistema de saúde e seu atendimento às mulheres, é fundamental a "estratégia da saúde está na família", para cuidar da prevenção.

Sabe-se que muitas mulheres, não realizam o pré-natal adequado no Brasil, e um dos motivos é a falta de profissionais que atendam pelo SUS. (E não é diferente em Santana do Livramento), mas que é uma realidade bem diferente no Uruguai, onde se pode constatar que o pré-natal é efetivo, pois a "policlínica realiza uma busca em casa - uma busca ativa - quando agendado e a parturiente não comparece", inclusive as "parturientes do lado uruguaio, por vezes chegam a ter até duas carteiras de gestante (numa carteira cabem 9 consultas).

A humanização merece destaque no atendimento do Pronto Socorro da Santa Casa de Santana do Livramento, pois "ao serem encaminhados os pacientes (no geral) para consulta com médico em razão da Urgência-Emergência, os familiares aguardam na recepção, não os acompanham na consulta" (salvo idosos, crianças, pessoas com deficiência), esse é momento no qual ocorre o intercâmbio entre médico-paciente-familiar ou acompanhante. Registre-se, por oportuno, que a falta de "médicos especialistas, e a demora na marcação das consultas, tem sobrecarregado o trabalho no Pronto Socorro,

que é somente para emergências e que tem sido utilizado para 'não emergências', o que é percebido na triagem inicial". Refere-se ainda, "que o número de atendimentos pelo SUS varia entre 80 a 110 por mês, sendo que desses 50% são mulheres".

A prática tem demonstrado também, pelo que foi constatado no Pronto Socorro, que caso seja uma mulher uruguaia, procurando atendimento (e não possua o Cartão SUS), prontamente é acionada a ambulância de Rivera, que a pega e leva até o sistema de *Salud* do Uruguai, além de perceber também, na triagem, que muitas circunstâncias não são de urgência e emergência, conforme questionários aplicados às mulheres que ali se encontravam.

Para melhorar o sistema de saúde e seu atendimento às mulheres, que os Postos de Saúde (cuja infraestrutura existe) funcionassem efetivamente, fazendo o acompanhamento da mulher em diferentes fases, o que seria bom para o Pronto Socorro, que passaria a atender efetivamente e melhor, somente a Urgência/Emergência.

Nesse viés, da humanização, o SAE (Serviço de Atendimento Especializado) de Santana do Livramento, que trabalha basicamente com a prevenção e assistência as pessoas com DST/HIV/AIDS/Hepatites virais,[3] varios são os projetos, (não exclusivamente para mulheres, mas geral), são eles:

- Sedução além fronteiras - com profissionais do sexo;
- Borboleta, transformando vidas - no presidio estadual (que possui uma ala para detentas);
- Gestação consciente - para prevenir a transmissão vertical de mãe para filho(a);
- Despertar dos Pampas - com escolas rurais, assentamentos e usina Eólica;
- Redução de danos - com usuários de álcool e outras drogas.
- Espaço TEEN - SPE (Saúde e prevenção nas escolas) com multiplicadores mirins;
- Caminhoneiros.

Sobre as sugestões para a melhoria no atendimento de mulheres, 1º - "ter ginecologista na Rede, e 2º - investir em capacitação (além dos que trabalham no SAE, que tem capacitação permanente) também, das pessoas que trabalham nas UBSs (Unidades Básicas de Saúde), fazendo com que as mulheres continuem o tratamento, ou que permaneçam no acompanhamento. Para que efetivamente possa se dizer que há um atendimento integral, um acompanhamento de todo processo, do início ao fim, pois toda medicação, suplementos alimentares, está disponível para os que dela precisam e de forma realmente integral e gratuita.

Quanto a integração com o país vizinho, Rivera, nessa área, "existe o Comitê Binacional da Saúde, dividido em subcomitês, sendo que um desses subcomitês do HIV/AIDS, é muito atuante, e com ótima integração", que têm vários projetos solidificados.

Sobre o dados de mulheres infectadas, a titulo exemplificativo o Número de pessoas com AIDS em tratamento com TARV e número de pessoas em observação em 2012

DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2012	DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2012
Com TARV (Medicamento para AIDS, antigo coquetel), pois tem AIDS.	Sem TARV (só tem HIV, com acompanhamento, só observação, não chegou à doença)

3 DST (Doenças sexualmente transmissíveis, a exemplo da sifilis); HIV (é o vírus da imunodeficiência humana, "ele pode gerar a Aids e deixar as pessoas sem defesa para as infecções e doenças chamadas oportunistas (é aquela que se aproveita de um organismo debilitado - com baixa imunidade - para s desenvolver, como a herpes, a toxoplasmose e a tuberculose). Se a pessoa tem o HIV e não está doente, ela é portadora e já transmite o vírus aos outros"; AIDS (é a síndrome da imunodeficiência adquirida, causada pelo HIV. "O vírus destrói as defesas do organismo e a pessoa pode contrair outras doenças que levam-na à morte. Por isso, a pessoa portadora do HIV deve fazer acompanhamento médico e exames regularmente"; e, Hepatite.

Mulheres = 36	Mulheres = 18
Homens = 51	Homens = 28
Total = 91	Total = 39
Sendo que 4 são de acampamentos "Sem Terra"	Sendo que 1 é de acampamentos "Sem Terra"
Têm uruguaias também, embora não indicado o número exato.	Têm uruguaias também, embora não indicado o número exato.

Fonte: Dados SAE e Secretaria da Saúde do Município de Santana do Livramento.

Um dos aspectos, bem positivos, desde o início do funcionamento do SAE, em 2004 até 2012, se dá em relação às mulheres gestantes e a *não transmissão vertical*, ou seja, para seus filho(a) no momento do parto. "De 30 mulheres portadoras de HIV, atendidas pelo SAE (logo atendidas pelo SUS), tiveram seus bebês com a sorologia negativa em relação ao HIV, pois fizeram todo o acompanhamento, tomaram a medicação, fizeram o parto cesárea." Isso demonstra a importância do trabalho realizado pelo SAE, de conscientização também.

Dessa forma, o que poderia melhorar no atendimento à saúde integral da mulher, a importância do trabalho realizado em toda "Rede", a criação de "fluxo de atendimento" com horários, escala de médicos, informações, para que a mulher ao procurar auxílio, sinta-se amparada e saiba aonde ir. Existe um projeto do Estado chamado "Linha de Cuidados" com atenção mais voltada para as Unidades Básicas, a saúde mental da mulher, a violência sofrida por mulheres junto ao Pronto Socorro, etc.

Outra campanha, que merece ser intensificada, é o "Fique Sabendo", com testes rápidos, HIV, Hepatite B e C e sífilis, em locais com eventos e de cidadania, com uma maior preocupação do aconselhamento prévio e pós, com a ação dos hoje 6 (seis) profissionais, chamados de "redutores de danos", mais o auxílio psicológico, aí com certeza se terá um atendimento integral. Apenas a título de registro ainda, houve uma capacitação em âmbito local, com 5 enfermeiros de algumas Unidades Básicas que atendem gestantes, (de um total de 12 no município) e uma enfermeira da Santa Casa, para justamente realizarem um trabalho que envolve toda uma abordagem, de aconselhamento, acolhimento e explicação.

Por fim, sobre o trabalho realizado em área de fronteira, "os enfermeiros, atuam com 2 povos tão distintos, e tão parecidos, utiliza a mesma linguagem: prevenção - cuidado - acolhimento, independente do país". Pois no SAE, o atendimento é feito para brasileiros(as) e uruguaios(as), que possuam cartão SUS, CPF, endereço brasileiro, ou vínculo com parceiro(a) brasileiro(a). Inclusive, muitos uruguaios(as) preferem ser atendidos, acompanhados pelo SAE, no Brasil, para não revelarem para amigos, vizinhos, familiares, que estão infectados(as), em razão do preconceito que podem vir a sofrer.

Esse é o clima de animosidade percebido na fronteira, que não é visível, que não é física, o sentimento da pertença, ou seja, pertencer ao lugar, esse lugar tão incomum.

Algumas Políticas Públicas do município, que merecem destaque: 1º - a prevenção, com palestras nas escolas, e 2º - cursos gratuitos de capacitação a exemplo do curso de computação, ofertados no Centro, para qualificar melhor, para o mercado de trabalho à mulher, (para além das oficinas de trabalhos manuais, que também são importantes). Quanto à sugestão para melhorias desse atendimento:

> - Sistema integrado de informações de gênero com viés a implantação de políticas públicas aplicando as estatísticas, que hoje são irreais, muito aquém do que realmente existem.

- Criação da Delegacia Especializada.
- Implementação da Vara Especializada da Violência Doméstica
- Casa de Passagem - para acolher a mulher vitima de violência
- Cursos de capacitação para inclusão imediata no mercado de trabalho - a exemplo de uma situação de politica binacional, com a capacitação de 513 mulheres - projeto chamado "cimento e baton", que originou a cooperativa de pedreiras em Rivera nesse ano de 2012.
- E principalmente que os espaços de acolhimento além de estrutura física, possam contar com equipe multidisciplinar (assistente social e psicóloga).

Nas entrevistas, de maneira geral, tanto em Santana do Livramento quanto no Chuí, percebeu-se, um profundo orgulho, pelo lugar, pelos afetos, o viver na fronteira, as facilidades, pelos vínculos fortes estabelecidos (dos dois lados) pela função/profissão desempenhada, pelo atendimento prestado, pelo reconhecimento que colegas, instituições, órgãos possuem. Por vezes, esquecem que ali é fronteira, pois o vai e vem se torna rotineiro, é natural e perfeitamente assimilado pelos dois lados.

Realidade um pouco distinta no Posto de Saúde Municipal do Chuí pois o que garante ou impede o acesso à saúde nessa região de fronteira, é que "muitas mulheres acabam desistindo dos tratamentos, por vezes não querem se expor, a exemplo de doenças transmissíveis, AIDS ou casos de violência".

Acredita-se que procurem mais pelo serviço, "pois elas se cuidam mais". Relevante mencionar também "que com a fisioterapia, há sem dúvida uma melhora na qualidade de vida, e que o ideal seria a aquisição de equipamentos, além de aprimorar os que já existem". Os problemas apresentados pelas pessoas que são encaminhadas, vão de situações consideradas mais leves, como tendinites até as mais graves como AVC, e por isso necessitam de atendimento de forma continuada, pois são problemas de articulações, neurológicos, fraturas, etc. A procura pelo atendimento também é grande, vez que são 2 profissionais que atendem pelo SUS, e sempre têm pessoas na lista de espera.

No Posto de Saúde do Chuí, a maior procura é pelo pré-natal, e pelos preventivos de câncer de útero - Papanicolau, que é feito no próprio Posto, e que uma das dificuldades é não ter um hospital. E para ter uma efetiva saúde de qualidade, deve-se investir primeiro na prevenção, os partos normais são um bom exemplo. Como sugestão, que as ambulâncias, sejam mais bem equipadas para os atendimentos realizados na rua por exemplo. Muitos uruguaios se beneficiam com as campanhas de vacinação, por exemplo, onde não é exigido apresentar cartão SUS, isso é típico de transitar - viver na fronteira, que tem ótimo comércio e bonitas praias.

No Chui, todos os programas de saúde da mulher são coordenados pela enfermagem. Que assegurar a saúde integral da mulher,[4] é "um todo, um conjunto de atitudes, programas, auxílio, como, por exemplo, o cuidado ginecológico, higiene, limpeza, orientação dos filhos, na saúde mental, cuidados na preparação dos alimentos, etc., para tanto, existe também o CAPS regional". Destacou a comunidade Árabe que vive na região de fronteira, que tem costumes próprios - aspectos culturais fortes, a exemplo da exigência do parto normal (sempre), e que todas as consultas são acompanhadas pelos maridos. Há uma valorização da saúde da família.

Assim, assegurar a saúde integral da mulher é assegurar "corpo, mente e espírito", que a diversidade na região da fronteira é muito grande, são brasileiros(as), uruguaios(as) e árabes. Essa diversidade é percebida na cultura, nos aspectos sociais, da vida em sociedade e principalmente religiosa. Destaque-se qQue o vínculo das pessoas com a cidade é muito bom, com a fronteira também, mas "falta interação efetiva, que poderiam ser criados mais grupos, oficinas, mostradas novas perspectivas para as mulheres. A exemplo do 'projeto leitura' já desenvolvido e aplicado, e que a

4 Para a - Organização Mundial de Saúde (OMS), a "definição para saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de uma doença ou enfermidade." É, portanto "direito do cidadão, dever do poder público".

grande ideia são as 'oficinas terapêuticas', justamente para motivar as pessoas (principalmente as mulheres). Destaque-se que no Posto de Saúde, são realizados atendimentos (sessões) continuadas, em média 8 a 10 pacientes por dia, 2 (duas) vezes por semana de março a dezembro, e que a medicação (quando necessária é fornecida no Posto , (similar ex. Diazepan, para depressão, em vez de Sertralina), mas que sabe que no Uruguai a "Sertralina" por exemplo custa a metade do preço do que custa no lado brasileiro, que é comum cruzar a rua (fronteira) para adquirir medicamentos nas farmácias uruguaias, que na faixa de 20km, para os dois lados se adquire naturalmente qualquer produto, sem que tenha que comprovar a identidade. E, sobre o atendimento a uruguaias, "que o mesmo pode ocorrer, embora não seja frequente, mas indispensável cartão SUS".

E, numa realidade local, 10% dos uruguaios - Chuy-UR, são atendidos no Chuí - Brasil, basta provar que moram no Brasil, registro esse que é feito no cartório.

Segundo dados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no Município do Chuí, do ano de 2006 a 2010, o valor aplicado foi de R$ 6.013.802,09, ou seja, 19,51% ocupando, de um total de 496 municípios, o lugar-posição de nº 139º. Já no Município de Santana do Livramento, do ano de 2006 a 2010, o valor aplicado foi de R$ 39.376.040,26, ou seja, 16,55% ocupando, de um total de 496 municípios, o lugar-posição de nº. 416º (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 02 fev. 2012).

Contudo, o Brasil, sem dúvidas está preocupado com as suas vastas fronteiras, (fronteira aqui, enquanto lugar de convergências, interação, respeito, múltiplas possibilidades) e, para tanto, foi lançado o PDFF, (Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira) que busca justamente dar conta dessas singularidades, desses lugares incomuns.

> O novo PDFF depara-se com desafios estratégicos visando à mudança de mentalidade no tocante às fronteiras, que não podem mais ser entendidas como áreas longínquas e isoladas, e sim como uma região com a singularidade de estimular processos de desenvolvimento e integração regional.
> As faixas contíguas dos países fronteiriços apresentam vantagens comparativas para provocar o fortalecimento regional, a partir de características políticas e propósitos comuns.
> O Brasil têm fronteiras com dez países da América do Sul entre os doze existentes, o que reforça o caráter estratégico desta região para a competitividade do país e para a integração do continente.
> O Desenvolvimento da Faixa de Fronteira configura-se como importante diretriz da política nacional e internacional brasileira. Apesar de ser estratégica para a integração sul-americana, a região ainda apresenta-se como pouco desenvolvida economicamente, marcada pela dificuldade de acesso aos bens e serviços públicos, historicamente abandonada pelo Estado e pela falta de coesão social, por problemas de segurança pública e pelas precárias.(Ministério da Integração Nacional. Acesso: 03 set. 2012).

A saúde integral da mulher, tal qual preconizada pelo Ministério da Saúde, não é atendida, e não é só na área de fronteira, é assim em todo país, os dados mostram bem isso. O direito fundamental social da saúde de maneira geral, não só da mulher, é deficitária, grandes foram os avanços, mas muito ainda há que ser feito. O investimento em projetos sociais, políticas públicas locais e eficientes são a saída. E isso pode se observar na fronteira, a preocupação com o atendimento local, observando e respeitando singularidades. Um tratamento igual, mesmo a desiguais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esfera mais regional de âmbito glocalizado, existe o Protocolo de Assunção sobre compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos do MERCOSUL (Decisão CMC Nº

17/05) que ressalta a atuação do MERCOSUL na proteção dos direitos humanos, para uma efetiva integração. Também existe o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos, por meio da (Decisão CMC Nº 14/09), que refere quais são as instâncias institucionais do MERCOSUL que são responsáveis por coordenar políticas públicas de proteção e promoção dos direitos humanos, assim como a consolidação (e isso é importante) como eixo fundamental do MERCOSUL.

A abordagem dos direitos sociais é de fundamental importância, exarados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, mudou uma concepção legislativa, pois são hoje, tanto prestacionais (portanto positivos) como defensivos (portanto negativos), em prol da dupla fundamentalidade desses na ordem constitucional nacional. Interpretando-se o espírito do legislador, verifica-se a intenção de que os direitos fundamentais não ficassem limitados aos expressamente previstos no texto constitucional, mas que houvesse um processo contínuo de extensão, de amplitude desses direitos. Sendo que a implementação de políticas públicas faz com que a população tenha nas suas expectativas, uma promessa de concretização dos direitos sociais, vez que atribuição do Estado, que deve assumir o seu papel.

Por outro lado, a Constituição Uruguaia de 1997, embora não traga um capítulo específico arrolando os direitos sociais, (como faz a Constituição brasileira) também elenca uma série de artigos concernentes à proteção social, dentre eles o direito a saúde no art. 44.

O direito à saúde, foi elevado à condição de direito social fundamental do ser humano, contido no art. 6º da Constituição e declarado por seus artigos 196 ao 200, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

O modelo de saúde nascido no século XIX era de 'saúde curativa', ou seja, a cura da doença ou ausência de enfermidades, ligado ao aspecto negativo de saúde. Já no século XX, surgiu a 'saúde preventiva', pelo qual o Estado deveria proporcionar a saúde aos seus cidadãos com serviços básicos saúde. Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS o 'conceito de saúde', surgiu em 1946 como 'estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente a ausência de uma doença ou enfermidade.' Não resta dúvida de que o completo bem-estar físico, mental e social, é algo mais do que desejado, de todas as Nações, e para que saia do conjunto de intenções, são necessárias ações, políticas públicas eficazes.

No Brasil somente em 1986 com a 8ª Conferência Nacional de Saúde, que a coletividade foi chamada a participar, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a saúde foi implantada na Constituição Federal, confirmando as resoluções da Conferência de Saúde artigos 196 que se transcreve pela importância: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Esse é o novo ideário da população brasileira.

Quanto à política de saúde, a resposta à sociedade foi dada com a efetiva implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), no Brasil, nas suas múltiplas funções, com a promulgação de uma primeira e importante lei de nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe justamente sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços, ou seja, um grande marco histórico e social, e uma segunda lei, também importante, é a lei nº 8.142 de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Na seara da Integração entre Brasil e Uruguai, foi realizado importante "Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios" em 2002, além de um "Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para Prestação de Serviços de Saúde", firmado em 2008. O que chama a atenção é justamente que os habitantes das cidades gêmeas, dentro de uma faixa de até 20km da fronteira, tem disponível uma integração em termos de serviços de saúde, o que não

significou a liberação do acesso total/integral dos fronteiriços ao sistema de saúde da outra parte, e nem que haja cobertura total nos atendimentos por parte do Sistema Único de Saúde do Brasil - (SUS) e Sistema Nacional Integrado de Saúde (SNIS).

A criação do subgrupo de trabalho nº 11 "SAÚDE" também é importante, se deu por meio de uma resolução do MERCOSUL, cuja tarefa é harmonizar as legislações dos Estados Partes referente à saúde, também o Fórum Permanente MERCOSUL para o trabalho em saúde, que foi criado no Ministério da Saúde, em 2004, cujo objetivo é a construção de um espaço de diálogo e cooperação entre os gestores e os trabalhadores da saúde. Não restam dúvidas, pois grandes são os desafios para a Integração efetiva, de redução das desigualdades, a fim de além de construir a estrutura dos Serviços Integrados de Saúde do MERCOSUL, que o SIS-fronteiras funcione na prática.

Em área de fronteira não há iguais, mas sim desiguais, embora vivam nesse lugar incomum, atípico, não lugar, num espírito fraterno, pacífico, solidário, e que disponham de Acordo internacional, ainda assim, não são iguais. E isso resta configurado na verificação do caso dos bebês nascidos em Rivera-UR, quando interditado o Hospital da Santa Casa de Santana do Livramento-BR em 2009 e também resta demonstrado no caso da contratação de médicos uruguaios para trabalhar no Brasil (na fronteira), decidido pelo poder judiciário e resta demonstrado no relatório final dos dados dos questionários aplicados às mulheres e entrevistas realizadas com agentes, gestores e atores sociais. O Acordo, e o Ajuste, foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro alcançando nível de lei ordinária. O Ajuste menciona os prestadores de serviço de saúde, e em nenhum momento trata ou refere o beneficiário do serviço de saúde, que é o paciente. Mas deveria ter aproveitado essa oportunidade para traçar regras mais claras quanto ao uso do sistema de saúde dos países. O Ajuste ao Acordo, trouxe sem dúvida uma inovação no que se refere às profissões que prestam serviço de saúde humana, nessas localidades e não para todos os integrantes ou associados do MERCOSUL.

Portanto, a verificação da pesquisa é de que - A saúde integral da mulher - tal qual preconizada pelo Ministério da Saúde, não é atendida, e não é só na área de fronteira, é assim em todo país, os dados mostram bem isso. O direito fundamental social da saúde de maneira geral, não só da mulher, é deficitária, grandes foram os avanços, mas muito ainda há que ser feito. O investimento em projetos sociais, políticas públicas locais e eficientes são a saída. E isso pode se observar na fronteira, a preocupação com o atendimento local, observando e respeitando singularidades. Um tratamento igual, mesmo a desiguais. Pois a saúde integral da mulher, só será atendida quando os dois princípios vetores - humanização e a qualidade da atenção à saúde - servirem efetivamente de elementos para que as ações da saúde, em ambito local - regional - nacional, sejam concretizadas.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Mercosul - Subgrupo de Trabalho nº 11 - "Saúde". Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/home/medicamentos/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A_cgQ_2CbEdFADghJT0!/?1dmy&urile=wcm%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/inicio/medicamentos/publicacao+medicamentos/mercosul+-+subgrupo+de+trabalho+n+11+-+saude>. Acesso em: 27 mai. 2013.

BRASIL, DECRETO Nº 5.105, DE 14 DE JUNHO DE 2004. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, de 21 de agosto de 2002Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2013.

BRASIL, DECRETO Nº 7.239, DE 26 DE JULHO DE 2010. PLANALTO, Palácio do. (2010). Decreto Nº 7.239, de 26 de Julho de 2010. Promulga o Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para Prestação de Serviços

de Saúde, firmado no Rio de Janeiro, em 28 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7239.htm>. Acesso em: 13 mai. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios).

BÜHRING, Marcia Andrea. Direitos humanos e fundamentais, migração nas fronteiras Brasil e Uruguai: uma análise dos déficits do direito social à saúde da mulher nas cidades gêmeas: Santana do Livramento-BR/Rivera-UR e Chuí-BR/Chuy-UR. *Tese de Doutorado*. PUCRS, Porto Alegre, 2013.

BUTIERRES, Maria Cecília. Assimetrias no acesso e na garantia do Direito à Saúde do Trabalhador na fronteira Brasil-Uruguai. Dissertação de Mestrado. Orientadora Jussara Maria Rosa Mendes -Porto Alegre, 2011.

CNM. Requerimento do Senado propõe voto de aplauso à CNM. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=37&Itemid=126&limitstart=240> Acesso em: 27 mai. 2013.

Dr. Rosinha. Comissão aprova acesso a serviços de saúde para moradores de fronteira. Disponível em: <http://drrosinha.com.br/comissao-aprova-acesso-a-servicos-de-saude-para-moradores-de-fronteira/>. Acesso em: 27 mai. 2013.

GALLO, Edmundo; COSTA, Laís. Sistema Integrado de Saúde do MERCOSUL: SIS — MERCOSUL: uma agenda para integração. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2004. (Série Técnica Projeto de Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde, 9). Apresentação de Enir Guerra Macêdo de Holanda. Assessora do Ministro de Estado da Saúde e Coordenadora Nacional do SGT Nº 11 "Saúde" e da Reunião dos Ministros de Saúde do MERCOSUL, Bolívia e Chile (RMSM-BCH).

MERCOSUL. Criação do Subgrupo De Trabalho Nº 11 "saúde". Disponivel em <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/96151.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2013.

MERCOSUL. Estrutura. Disponível em: <http://200.214.130.44/mercosulsaude/portugues/ mercosul/brasil/index.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

MSP. Cartilla de Derechos y Deberes de lasUsuarias y losUsuarios De Los Servicios De Salud. Disponível em: <http://www.msp.gub.uy/ucsnis_5005_1.html>. Acesso em: 28 mai. 2013.

OBSERVATÓRIO DE GENERO. Governo federal investirá R$ 265 milhões em serviços integrados de atendimento à mulher em situação de violência. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/governo-federal-investira-r-265-milhoes-em-servicos-integrados-de-atendimento-a-mulher-em-situacao-de-violencia. Acesso em: 12 mai. 2013.

OBSERVATÓRIO DE GENERO. Governo federal investirá R$ 265 milhões em serviços integrados de atendimento à mulher em situação de violência. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/governo-federal-investira-r-265-milhoes-em-servicos-integrados-de-atendimento-a-mulher-em-situacao-de-violencia. Acesso em: 12 mai. 2013.

Presidente Lula, Buenos Aires, 16.10.2003. Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.Sessão do parlamento em homenagem ao Brasil. Congresso da Nação Argentina.

PORTAL DA SAÚDE. Subgrupo de Trabalho nº 11. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=27171>. Acesso em: 06 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2010.

SIMIONATTO, Ivete; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; GOMEZ, Marcela Beatriz. Aspectos Legais do Direito à Saúde. In: SIMIONATTO; Ivete; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro Org. Dilemas do Mercosul: Reforma do Estado, Direito à Saúde e Perspectivas da Agenda Social. Florianópolis: Editora da Lagoa, 2004.

SOLLAZZO, Ana; BERTERRETCHE, Rosario. El Sistema Nacional Integrado de SaludenUruguay y losdesafíos para laAtención Primaria. Ciênc. saúde coletiva vol.16 no.6 Rio de Janeiro June 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600021. Acesso 28 de maio de 2013.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NUMA VISÃO NÃO ANTROPOCÊNTRICA: NECESSÁRIA EXTENSÃO AOS ANIMAIS NÃO - HUMANOS

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros[1]
Giovana Albo Hess[2]

RESUMO: Analisar e refletir sobre a aplicação do Princípio da Solidariedade aos animais não-humanos, considerando que, apesar das expressões crueldade e maus-tratos serem conceitos jurídicos indeterminados, encerrando discussões em nosso ordenamento jurídico a respeito da abrangência do inciso VIII, do artigo 225 da Constituição Federal, certo é que o Princípio da Solidariedade autoriza também uma visão mais globalizada do assunto, encerrando uma necessária reflexão a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio. Solidariedade. Direitos fundamentais. Animais não – humanos.

1 INTRODUÇÃO

Para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e aos direitos destas gerações e das gerações futuras tem-se no Princípio da Solidariedade a base para a responsabilização, distribuição de obrigações, reciprocidades e manutenção de direitos ambientais a todos. Tal concepção está atrelada, principalmente, aos direitos e deveres dos homens, animais humanos, em que pese seja o meio ambiente não só uma construção fática para a humanidade, suas vivências, consumos, produção e cultura.

Dentro do aspecto de meio ambiente como um direito fundamental para todos, faz-se necessário, inclusive para fins de sustentabilidade, um olhar sobre quem é a definição de todos e da abrangência da aplicação do Princípio da Solidariedade para além da espécie humana.

2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: CONCEITO.

Os princípios, segundo Canotilho (2003, p. 1255), são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível, consideradas as situações fáticas e jurídicas, impondo uma otimização de um direito ou de um bem jurídico. Em que pese o traço distintivo com as regras, cujos pressupostos exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos (CANOTILHO, 2003, p. 1255), também não são apenas valores a serem seguidos.

Para Humberto Ávila (2003, p. 71 e 72), os princípios não se restringem a valores cuja realização fica adstrita a esfera pessoal de preferências. Instituem, outrossim, um dever de adotar comportamentos necessários para a realização de um estado de coisas (HUMBERTO ÁVILA, 2003, p. 72):

> Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta ou regressiva. Mais ainda, essa investigação permite

1 Doutora em Direito Ambiental pela UFSC, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS; Pós- Doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina, Presidente do Instituto Piracema, e-mail Fernanda.medeiros@unilasalle.edu.br

2 Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul- PUCRS; Pós Graduada em Especialização de Processo Civil e Constituição pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul/UFRGS; Mestranda em Direito e Sociedade, pela UNILASALLE- Canoas/RS; integrante do Observatório de Jurisprudência em Direito Ambiental do Mestrado em Direito; e-mail anavoig1912@gmail.com

> verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim devido.

E complementa que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles, porém relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento dos fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover (HUMBERTO AVILA, 2003, p. 72). Nesse sentido, o Princípio da Solidariedade aparece como um novo marco de responsabilidades e orientações para comportamentos e deveres entre cidadãos e Estado.

Complementar à tríade histórica da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade-, o Princípio da Solidariedade reconfigura a distribuição das responsabilidades pela proteção e promoção dos direitos fundamentais entre Estado e a sociedade, inclusive frente ao conteúdo dos direitos fundamentais de terceira dimensão (SARLET e FENSTERSEIFER, 2014, p. 67), direitos inseridos num contexto de fraternidade e de justiça social.

No sentido da solidariedade estar agregada a um significado de extensão e comunicação dos direitos fundamentais, Nipperdey (2012, p.90), embora em outro tema, mas buscando elucidar a melhor interpretação do direito de personalidade insculpido no artigo 2, I, da Lei Fundamental Alemã[3], esclarece haver duplos significados para o conceito de direito fundamental, assim complementando:

> Direitos fundamentais: eles são, por um lado, cunhagens da imagem humana da lei fundamental e contém uma declaração fundamental sobre a essência e o valor da personalidade humana e sua relação para com a comunidade; eles significam, por outro, porém, não somente a concretização de uma ordem de valores no sentido ético como fundamento e critério de medida para a atuação do particular e do estado, mas eles servem imediatamente à realização concreta de valores da personalidade extremos, que devem dar a nossa ordem estatal a nota.

UNILASALLE CANOAS-RS

Assim, para Nipperdey (2012, p.90) há nos direitos fundamentais uma necessária comunicação para com a comunidade, o que Sarlet (2015, p. 147) também afirma ao se posicionar no sentido de os direitos fundamentais revelam, portanto, uma dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade.

Nesse contexto, os direitos fundamentais de terceira dimensão caracterizam-se como direitos que possuem uma titularidade mais abrangente, identificando-se com grupos humanos, sociais, povos, comunidades, ou seja, de titularidade coletiva e estão de acordo com as novas reivindicações existentes no mundo, geradas por guerras, aumento de desigualdades, de novas tecnologias, pelo pós-guerra.

Se assentam sobre o sentido de fraternidade e são identificados habitualmente como direito à paz, a autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito de comunicação e ao desenvolvimento, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, 2015, p. 48).

E nesse aspecto se reveste também o Princípio da Solidariedade, ou seja, de alcançar tal qual os direitos fundamentais de terceira dimensão com o qual se relaciona, um sentido de obrigações recíprocas.

---

3 O artigo 2, I, da Lei Fundamental Alemã dispõe: Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

A solidariedade reveste-se, portanto, de princípio e expressa a necessidade de uma visão mais abrangente de direitos fundamentais e de proteção de direitos, implicando deveres frente à comunidade (SARLET e FENSTERSEIFER, 2014 p. 69):

> Em linhas gerais, a solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Mas, para além de uma obrigação ou dever moral de solidariedade, há que transpor a noção de solidariedade para o plano jurídico-normativo, na condição de pilar fundamental para a construção de uma sociedade e de um Estado de Direito que tenham na guarda, proteção e promoção os direitos fundamentais a sua maior missão.

E aqui, portanto, o viés do Princípio da Solidariedade que nos importa, qual seja, o de pensarmos na solidariedade como uma necessidade de cooperação social nacional e transnacional, entre os quais se insere o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos de todas as espécies.

Nesse âmbito, o Princípio da Solidariedade possui importante nexo causal com a noção de desenvolvimento sustentável e com a necessidade de pensar-se no desenvolvimento e nas necessidades das gerações presentes e futuras (SARLET e FERNSTEISEIFER, 2014,p. 71):

> A natureza difusa do bem ambiental coloca tal feição à titularidade do direito que, em regra, deve ser usufruído tendo em vista o interesse de toda a coletividade. A ideia de um patrimônio comum da humanidade também toca de forma direta a questão ambiental, pois busca dar a dimensão de importância dos bens ambientais de forma alijada de uma perspectiva individualista, mas, acima de tudo, solidária e compartilhada entre todo.

Esse entendimento, inclusive, deu-se em importante decisão do Supremo Tribunal Federal no MS nº 22164-0, São Paulo, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, ao posicionar-se pela solidariedade como princípio finalístico da coletividade, conforme objeto de apreciação e manifestação da Corte:

> O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração- constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o principio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o principio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos geneticamente a todas as formações sociais, consagram o principio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Há muito, pois, se evidencia - a partir da crise ecológica e dos desafios existentes para a proteção ambiental, justiça social, igualdade - uma visão globalizada acerca das matérias ambientais, dos deveres entre nações e do direcionamento destas normas e princípios, inclusive quanto aos sujeitos dessa proteção.

3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: PREOCUPAÇÕES GLOBAIS E MEIO AMBIENTE.

O Princípio da Solidariedade, sob o viés de norma com direcionamento para a proteção ao meio ambiente equilibrado, insere-se numa sociedade de consumo, cujo marco deste novo conceito de vida- consumerista- surgiu a partir dos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), propiciando surgimento de comércio, expansão e conflitos imperialistas (GIBRAN, EFING, 2011, p.130).

Contudo, o consumo de itens e de produtos que eram essenciais à vida e que fomentaram o surgimento do mundo moderno e de novas fronteiras, logo se expandiu para consumo de supérfluos e, em nossa sociedade moderna, para o consumo que, além de supérfluo, representa prejuízo aos recursos naturais e ao meio ambiente.

O efeito expansionista- que hoje denominamos de globalização- trouxe efeitos à sociedade, aos cidadãos, ao ambiente. Se de um lado pensamos positivamente, conscientes de nossas atividades cotidianas para reduzir os impactos do consumo no meio ambiente (poupa-se água, poupa-se luz, pensa-se em mobilidade), por outro lado consumimos tecnologia, roupas e outros bens cujo descarte não se vincula à necessidade de troca pelo fim de uso, mas de troca pela troca. Consome-se tecnologia, produtos, bens de primeira necessidade cujo descarte demanda uma consciência individual e coletiva mais efetiva de cidadãos, Estados e organismos internacionais. Produz-se na agricultura e na pecuária sem reflexão prévia dos impactos que o desmatamento pode causar à fauna e à flora, bem como ao ecossistema.

Esta compreensão de globalização no sentido expansionista não é recente na história da humanidade, mas hoje o agente conquistador não se mostra presente e houve uma transformação dos processos de integração, ou seja, antes representado pela conquista de Estado - Nação, hoje vão além das estruturas político - jurídicas existentes (TEIXEIRA, 2011,p.3). Além do aspecto econômico da globalização, as matérias relativas ao meio ambiente e sua preservação estão no cerne das preocupações globais.

Considerando que na globalização o "agente conquistador" não se mostra mais como um antigo expansionista ou imperialista, mas sim como um agente definidor de ações e políticas, econômicas e de consumo, que se expandem a todos países, os efeitos da globalização em relação ao meio ambiente tem entre outras matérias, a problemática do descarte de resíduos sólidos, os meios de produção e de redistribuição de renda, a desigualdade social, ocupações irregulares, ausências de políticas transnacionais e de penalizações eficazes contra irregularidades e crimes contra o meio ambiente.

A título de exemplo, recentemente, em março de 2016, baleeiro japonês foi identificado em águas argentinas usando-se de prática criminosa ao realizar a pesca de baleias. A Comissão Baleeira Internacional (CBI) já havia proibido em 1982 a captura de baleias para comercialização de sua carne, mas manteve a prática para os casos cuja finalidade fosse pesquisa científica. Alguns países partidários da caça controlada de cetáceos para uso comercial ignoram a norma, mas outros países como o Japão fundamentam a prática em uso científico.

Entretanto, o Tribunal Internacional de Justiça de Haia determinou em 2014 que o programa de caça as baleias do governo japonês não estava circunscrito às finalidades científicas, revogando licenças relacionadas ao projeto. Mesmo assim, a prática foi realizada e cerca de 300 baleias foram capturadas. Dessa forma, tal prática, apesar da revolta gerada na comunidade internacional, deveria gerar a assinatura de um preceito limitador sob o enfoque de preocupação global, pois atenta contra toda a humanidade e, no entender deste artigo, contra outras espécies.

Desse modo, o que se pretende afirmar é a obrigatoriedade do reconhecimento da necessidade de serem pensadas ações entre nações, relativizando-se fronteiras e abrangendo diferentes sujeitos de direitos.

Não é recente, já tendo sido objeto da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), no seu princípio 14[4], e na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), em especial no seu artigo 7º[5], e expressam o sentido do Princípio da Cooperação, princípio complementar ao Princípio da Solidariedade.

Segundo SARLET e FENSTERSEIFER (2014, p.170), citando a lição de José Rubens Morato Leite e Patryck de A. Ayala, o Princípio da Cooperação "postula uma política mínima de cooperação solidária entre os Estados em busca de combater efeitos devastadores da degradação ambiental, o que pressupõe ajuda, acordo, troca de informações e transigência no que toca ao objetivo macro de toda a coletividade".

As preocupações globais, referenciadas aqui como os efeitos expansionistas da globalização sobre o meio ambiente, devem ser o fundamento, segundo Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 72) para a aplicação do Princípio da Solidariedade nas relações internacionais e na limitação das práticas estatais e sociais:

> O princípio da solidariedade, além de incidir nas relações jurídicas travadas no âmbito doméstico, deve ser projetado para além das fronteiras dos Estados nacionais, o que se impõe pelo próprio contexto internacional da maioria dos sistemas naturais, no sentido de ser tomado como um imperativo, ao mesmo tempo ético e jurídico, com o propósito de conformar e limitar as práticas sociais (e também estatais) predatórias do meio ambiente, em vista de um desenvolvimento sustentável.

Dentro deste contexto quanto às dimensões dos direitos fundamentais propriamente ditos, o doutrinador BONAVIDES (2007, p. 570) defende a existência de um direito fundamental de quarta geração[6] vinculado à globalização de direitos fundamentais, cuja abstração dos direitos das dimensões anteriores passa a ser entendida numa nova concepção de universalização de direitos, alcançando um grau maior de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, sendo uma universalidade que os fortalece para melhor concretizá-los mediante a adoção dos direitos de igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2007, p. 573). Segundo este autor, o Princípio da Solidariedade poderia estar relacionado também a uma visão de direitos fundamentais de quarta dimensão.

Seja o Princípio em questão identificável com direitos de terceira ou de quarta dimensão, a principal ideia é de o princípio da solidariedade, para além de estar inserido na atuação de preocupações e situações fáticas globais, entre fronteiras, destina-se, no sentido que aqui se busca, à proteção ao meio ambiente equilibrado. Mas, primeiramente, qual a conceituação e abrangência de meio ambiente?

3.1 Meio ambiente: humanos e não humanos

---

4 "os Estados devem *cooperar* de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana"- Princípio 14.

5 "os Estados irão *cooperar*, em espirito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidade comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre enuncia o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam"- Princípio 07º.

6 Optou-se por utilizar aqui a expressão "gerações" porque é aquela que se coaduna com o entendimento do autor citado.

No Brasil, a lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), em seu inciso I, artigo 3º, refere que meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Segundo Medeiros (2015, p. 38), a legislação não reduz a conceituação de meio ambiente à vida humana, mas reconhece a vida em todas as suas formas, propiciando o reconhecimento da proteção a todos os seres vivos, incluindo animais humanos e não humanos.

Entretanto, destaca-se que o conceito de meio ambiente, em que pese não inserir apenas o homem, vai, conforme Medeiros (2015, p. 39) muito além deste conceito que a lei brasileira busca informar:

> O ambiente não pode estar restrito ao homem, mas alcança a todas as formas de vida. O meio ocupa-se dos elementos abióticos que sustentam a vida, preocupa-se com os elementos imateriais que representam a vida, uma vez que o ambiente engloba a vida humana e de todos os seres vivos, engloba o meio em que a vida acontece e engloba a história da vida. A combinação desses fatores é uma busca constante de uma qualidade de vida digna para todas as formas de vida, nos moldes da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) implementada pela Lei nº 6938, de 1981.

A referida legislação e a abrangência do significado de meio ambiente vem ainda ao encontro do escopo do parágrafo quinto do artigo 225, da Constituição Federal, qual seja, de garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na qualidade de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, bem como impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

Essa nova dimensão do meio ambiente como direito fundamental e como bem jurídico foi delimitada pelo Constituinte (MEDEIROS, 2004, p. 113):

> Ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana.

E para além desta conceituação do meio ambiente como direito fundamental, o questionamento que se faz é em relação à abrangência dessa esfera de direitos e, por assim dizer, de dignidade, estarem inseridos os animais não -humanos. Uma primeira resposta poderia estar na lição de BOBBIO (1992, p. 19) ao afirmar que o que parece fundamental numa determinada época histórica e numa determinada civilização pode não ser fundamental em outro momento.

E por essa razão apesar do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 delimitar garantias e direitos em relação ao homem e para servir ao homem (MEDEIROS, 2015, p. 45), o artigo também é claro em proteger os animais humanos quando em seu parágrafo primeiro, inciso VII, veda expressamente maus tratos e crueldade.

Outras legislações em âmbito nacional referem-se a práticas irregulares ou ilícitas em relação aos animais, mas possuem um cunho antropocentrista (no campo de interesse do homem) ao abordar direitos dos animais para, direta ou indiretamente, satisfazer necessidades de lazer ou de consumo humanas. Por isso cita-se apenas a título de exemplificação a Lei dos Crimes Ambientais – Lei nº 9605/98- que dedicou um capítulo aos crimes contra a fauna e em especial o artigo 32 que proíbe a prática de ato abusivo de maus tratos, de ferir ou de mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

A partir da Constituição Federal de 1988 tem-se com o artigo 225 uma abertura material para direitos fundamentais fora do catálogo do artigo 5º e uma ampliação para a interpretação de meio

ambiente e para os direitos aos animais não - humanos, a partir do momento em que se inserem no conceito de meio ambiente e, portanto, de serem assistidos quanto à proteção ambiental.

O *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal dispõe que 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.

Da norma acima infere - se que o constituinte adotou o princípio da universalidade, ao determinar que todas as pessoas são titulares dos direitos e deveres fundamentais (SARLET, 2015, p. 217). O autor também sustenta ser importante não confundir o princípio da igualdade com o princípio da universalidade, pois este compreende o sentido de os direitos e deveres insculpidos na Constituição estarem direcionados a todas as pessoas, brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas,, o que não significa a impossibilidade de existirem exceções ao princípio da igualdade na própria Constituição.

A doutrina aponta diversas discussões a respeito da titularidade dos direitos fundamentais, tais como as situações de pessoas jurídicas, direitos do embrião, mas aqui nos cabe apenas registrar que o tema da titularidade dos direitos fundamentais para além da pessoa humana, em especial ao direito dos animais, já vem sendo enfrentado.

Ao pensar-se sobre a inserção dos animais não-humanos como parte do meio ambiente e, sendo este um direito fundamental, muitos entendem que os animais não-humanos não estariam compreendidos como sujeitos de direitos.

Contudo, em que pese referir-se a direitos fundamentais, certo é que Sarlet (2015, p. 77) adverte que qualquer conceituação que busque abranger de forma definitiva, completa e abstrata os direitos fundamentais estaria fadada a uma dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Essa consideração é de extrema importância porque os direitos fundamentais representam, adotando-se, novamente, o posicionamento de Sarlet (2015, p. 77), o que é fundamental para um Estado em termos de valores à vida, liberdade, igualdade e dignidade humana, e, seja o posicionamento que se queira adotar em relação aos animais não-humanos, Sarlet (p. 232 e 233, 2015), esclarece que:

> (...) embora o direito constitucional positivo não reconheça direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem estes titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não-humana possui uma dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao Homem, já tem sido objeto de chancela pelo Direito, e isto em vários momentos, seja no que concerne à vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, seja naquilo que se vedam práticas que levem à extinção das espécies, e não pura e simplesmente por estar em risco o equilíbrio ecológico como um todo.

Ainda, é acertado referir que o autor reconhece a dignidade da pessoa humana como um conceito inclusivo (SARLET, 2008, p. 36):

> A dignidade da pessoa humana (independente a nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.

E a partir dessa inclusão dos animais não - humanos como legítimos do Estado para receberem ao menos direitos à prestação (leia-se aqui deveres de proteção) como titulares de direitos

fundamentais, e detentores de dignidade, não se poderia refletir mais além para pensar o 'local' dos animais não-humanos em relação aos homens, conforme afirma SCHWARTZ (2012, p. 224):

> Todos os tipos de indivíduos, e não somente os humanos, devem ser compreendidos a partir de sua autorreferência. A retirada da concepção do homem a partir de sua estratificação, isto é, o lugar que ele ocupa na sociedade como meio de sua observação, para o plano da diferenciação funcional, recolocam o tema a partir de um ponto de vista diverso. A sociedade contemporânea despersonalizou o indivíduo. É preciso esclarecer a relação escondida, mediante comunicações do sistema psíquico com o sistema jurídico. Com isso, o tema dos direitos humanos em uma sociedade desdiferenciada recusa uma visão única e antropocêntrica. Os vários graus de observação e a diferença funcional entre o ser humano (sistemas psíquicos) e o Direito (sistema social) assumem relevância.

Para Medeiros (2013, p. 199), a corrente habermasiana pondera por uma defesa de uma dignidade da vida, o que alcançaria a proteção dos animais não humanos e essa dignidade e esta mesma proteção da dignidade surgiria pela necessidade de se tutelar a proteção dos animais não humanos justamente por não participarem intencionalmente dos círculos de comunicação.

Nussbaum (2013, p.401), propõe a reflexão a partir da descrição de uma decisão judicial da Suprema Corte de Kerala, na Índia, que ao analisar as condições suportadas por animais em um circo – os quais ficavam enjaulados em locais pequenos e apertados, sendo ameaçados, aterrorizados, espancados, sem o mínimo de cuidado para que se apresentassem no picadeiro no dia seguinte - decidiu que os "animais não - humanos são capazes de levar uma existência digna. Complementa que não há razão para que não ampliemos, como o fez a Suprema Corte de Kerala, os direitos e as leis para além da espécie".

Nesse sentido, NUSSBAUM (2013, p. 400 e ss.), questiona a ampliação da dignidade e de uma nova abordagem teórica ao assunto, salientando ser uma questão de justiça o fato de os seres humanos negarem aos animais uma existência digna.

Parte dessa nova abordagem entende-se que está compreendida nas relações entre animais humanos e não humanos e na reciprocidade que o Princípio da Solidariedade propõe.

4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE PARA ALÉM DA ESPÉCIE HUMANA?

Para além desta compreensão de que animais não humanos integram o meio ambiente, são detentores de direitos e deveres fundamentais, bem como de dignidade, já existem posicionamentos no sentido de compreender e alcançar em outras esferas de princípios e de determinações os animais não-humanos.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais há muito preceituou em seu artigo 1º que todos os animais nascem iguais diante da vida e tem o mesmo direito à existência. Além disso, em seu artigo 2º impunha uma obrigação aos homens ao determinar que o homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à proteção do homem. E, por fim, entre várias outras premissas, em seu artigo 5º, referia que Cada animal pertencente a uma espécie que vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie e que toda modificação imposta pelo homem para fins mercantis é contrária a esse direito.

De outra parte, a posição dos direitos animais sustenta que estes tem importância moral, razão pela qual, pelo princípio da igual consideração, de acordo com Francione (2013, p. 286) devemos parar de tratá-los como coisas e entender suas necessidades e direitos.

Para Francione (2013, p. 286), o princípio da igual consideração de interesses é necessário para afastar a ideia de que animais sejam considerados coisas. Mas é importante referir que este princípio não impõe exatamente um tratamento igual, mas somente que devemos levar em conta os interesses de todos os envolvidos em nossas decisões com o mesmo peso.

Além disso, afirmar que um ser tem direitos significa afirmar que ele possui um estatuto moral e que, portanto, não podemos tratá-lo como bem entendermos (GALVÃO, 2010, p. 09).

O que se pretende, nos dias atuais, entretanto, é uma outra interlocução entre as espécies, a qual defende MEDEIROS (p. 118, 2013):

> O direito dos animais envolve, a um só tempo, as teorias da natureza e os mesmos princípios de Justiça que se aplicam aos homens em sociedade, porque cada ser vivo possui singularidades que deveriam ser respeitadas. E, no momento, Forattini, vem provocar a interlocução dessa tese, para fazer avançar o raciocínio e defender, de outra sorte, apropriadamente, que nenhum entendimento de humanidade seria adequado sem levar em conta a maneira pela qual os indivíduos se comunicam. E, no entendimento de humanidade, como trocam suas experiências, como preparam as gerações futuras, como planejam a sobrevivência e como se adaptam ao meio. Nesse sentido, questiona-se da defensabilidade, ainda na cotidiana modernidade, de somente encontrar tal tipo de comportamento na espécie humana?

Sarlet e Fensterseifer (2015, p. 77) ao se manifestarem sobre o Princípio da Solidariedade em relação às espécies naturais, defendem que o princípio possui diretivas que alcançam aos animais não humanos:

> Essa consciência leva o ser humano a reconhecer uma comunidade natural, diante da qual uma relação de solidariedade e respeito mútuo apresenta-se como pressuposto para a permanência existencial das espécies naturais (incluída entre elas a espécie humana). No plano jurídico, à luz das considerações já desenvolvdas, a vedação das práticas cruéis contra os animais (não humanos), conforme estyabelecido no art. 225, §1º, VII, da CF/88, e, no artigo 33 da Lei dos Crimes e Infrações Administrativas Ambientais, reforça a concepção de um princípio da solidariedade entre as espécies naturais. Não apenas em relação aos animais, mas à Natureza em termos gerais.

E concluem, Sarlet e Festeisefer (2015, p. 77) que a ideia de solidariedade entre as espécies pode contemplar o valor intrínseco de todas as formas de existência, bem como incluir o respeito e a reciprocidade entre todos os seres vivos em nosso planeta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, em dado momento histórico tomamos nosso conceito de humanidade como natural, nos conceituamos humanidade, mistificamos determinadas características que passamos a considerar existentes somente em seres humanos (FERNÁNDEZ- ARMESTO, 2007, p. 15) e a partir disso diferenciamos espécies, nos distanciamos do conceito de que integramos o meio ambiente, sendo que apenas mais recentemente na história o surgimento da ideia de que fazemos parte de um todo e de que nossa referência como centro natural ou social apareceu como um equívoco.

Considerando que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental (MEDEIROS, 2004, p. 110) e que sua extensão aos animais não – humanos vem sendo reconhecida, embora parta de uma visão do homem sobre o que sejam direitos, necessita ser analisado e compreendido para a garantia e efetividade da dignidade e da vida, inclusive aos animais não- humanos, os quais, sob diversas óticas, encontram-se ameaçados quanto à sua existência e dignidade.

Vários são os exemplos de situações em que os direitos de animais humanos e não-humanos se entrelaçam. Catástrofes naturais ocorridas por degradação ao meio ambiente, ocasionando mortes e refugiados ambientais, aquecimento global delimitando territórios, falta de água e de recursos naturais, todos são eventos que por força de ações ou omissões humanas interligam a todos à necessidade de uma reflexão sobre o Princípio da Solidariedade e sobre o sentido de conexão social que possui este princípio.

Conforme Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 73) todos somos reféns, em maior ou menor medida, das condições ambientais, diante da vinculação entre todos os ecossistemas mundiais, uma vez que a conexão ecológica mundial é determinante para a ideia de solidariedade entre cidadãos de diferentes nações, eis que as ações prejudiciais ao meio ambiente trarão efeitos para além das fronteiras de seus países e, dessa forma, o Princípio da Solidariedade e suas diretrizes devem abranger a todos os seres vivos, orientando comportamentos e políticas públicas e sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 15/01/2016, as 15h58min.

_____. Lei Federal nº 6938, 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. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm, acesso em 17/01/2016, às 19h17min.

. Lei Federal 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 27/05/2016, às 21h26min.

_____. STF. Princípio da Solidariedade. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691, acesso em 24/05/2016, às 18h38min.

Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-deestocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html, acesso em 18/11/215, às 22horas e 10min.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento- 1992. Disponível em http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf, acesso em 18/11/2015, às 22 horas e 30min.
Declaração Universal dos Direitos dos Animais. http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf, acesso em 24/05/2016, às 18h24min.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/declaracao/, acesso em 15/01/2016, as 16h04min.

Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html, acesso em 16/01/2016, às 18h14min.
Lei Federal Fundamental Alemã. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf, acesso em 15/01/2016, às 15h42min.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm, acesso em 24/05/2016, às 18h45min.

UNILASALLE CANOAS-RS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

BOBBIO, Norberto. Tradução Carlos Nelson Coutinho. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Malheiros Editores, 2007, 21 edição.

CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, 7º edição, 16ª reimpressão.

EFING, Antônio Carlos e GIBRAN, Fernanda Mara. O Direito à Informação para o Pós-Consumo: Análise da Lei que Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos Visando ao Desenvolvimento Socioambiental. IN, BERNARDO, Leandro Ferreira. ALTHAUS, Ingrid Giachini. GAIO, Alexandre. Direito Ambiental em Discussão. São Paulo. Editora Iglu. 2011.

FERNÁNDEZ- ARMESTO, Felipe. Então Você Pensa que é Humano? Uma breve história da Humanidade. Companhia das Letras. São Paulo: 2007.

FRANCIONE, L. GARY. Introdução aos Direitos Animais. Campinas: Unicamp, 2013.
FENSTERFEISTER, Tiago e SARLET, Ingo Wolfgang. Princípios do Direito Ambiental. Porto Alegre. Editora Saraiva, 2014.

GALVÃO, Pedro. Os animais têm direitos? Perspectivas e Argumentos. Dinalivro: Coimbra, 2010.
MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. Meio Ambiente Direito e Dever Fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. O Direito e os Animais. IN SCHWARTZ, Germano e MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. O Direito da Sociedade, Anuário, Volume 2. Unilasalle Editora,2015.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre *Desenvolvimento da Personalidade* In Direitos Fundamentais e Direito Privado. Textos Clássicos. Organizador/Revisor Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 71-90.

NUSSBAUM, Martha C. Tradução de Susana de Castro. Fronteiras da Justiça, Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2015, 12ª edição.

SCHWARTZ, Germano. O Humano e os Humanos nos Direitos Humanos. Animais, Pacha Mama e Altas Tecnologias. IN Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Teoria Pluriversalista do Direito Internacional. Capítulo I. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

UNILASALLE CANOAS-RS

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

José Flôr de Medeiros Júnior[1]

RESUMO: O presente artigo versa sobre o Desenvolvimento Econômico, Direito Ambiental e o Direito à Saúde à ótica da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ressalta-se, durante o construto, a necessidade de compreender o meio ambiente ecologicamente equilibrado como esteio à concretização ao Direito à Saúde e a realização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Perpassando, pelos objetivos constitucionais expostos no art.3º/CF/88. Observou-se ser a discussão relacionada ao Direito Ambiental um caminho à ressignificação do homem em seu sentido ético na procura de recuperar o cidadão no sentido de partícipe do Estado na procura de superação das desigualdades sociais e econômicas. Percebeu-se, a partir da interconexão entre o Direito Ambiental e o Direito à Saúde, a necessidade de aprofundar o diálogo do Direito com outros saberes a exemplo da sociologia, da filosofia, da ética e da bioética. Vislumbrou-se, desta forma, a possibilidade de ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, elo indispensável à realização do direito à saúde e, portanto, de uma vida digna enquanto preceito constitucional. Por fim, demonstra-se a ausência da prática cidadã do ser humano no concernente à alteridade no interior da sociedade contemporânea e a não percepção do meio ambiente como o Outro dentro do estabelecer de uma nova, e imperiosa, relação ética.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito à Saúde. Desenvolvimento Econômico.

1 INTRODUÇÃO

UNILASALLE CANOAS-RS

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Tal construto teórico faz parte do Título I, intitulado Dos Princípios Fundamentais e encontra-se alocado no Art. 1º da Carta Magna, III. O texto constitucional, em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II, Dos Direitos Sociais, vem, em seu Art. 6º, consagrar a saúde como um Direito Social. Assim como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, e proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados e, mais recentemente, o transporte.

Lê-se no texto da Lei Maior em seu Art. 196 ser direito de todos e dever do Estado a promoção da saúde, no esteio destes construtos que constituem alicerces à valorização do ser humano com escopo no princípio da dignidade da pessoa humana cuidou o constituinte originário de tratar o meio ambiente como essencial à sadia qualidade de vida, consoante Art. 225, *Caput*, da Carta Magna. Importante destacar, aqui, o valor como fundamento do texto constitucional promulgado em 1988 e não a precificação dos cidadãos.

No esteio destes construtos que constituem alicerces do texto da Constituição Federal de 1988 a preservação do meio ambiente é caminho para a valorização do ser humano. Ocorre, entretanto, a existência de um divórcio entre o conjunto teórico positivado na Carta Magna e as políticas públicas de saúde e de preservação do meio ambiente que, conforme prescrito no texto constitucional são, ambos, dever do Estado.

A distância entre a previsão constitucional e a realidade concreta encontra respaldo nas diversas atitudes governamentais que não materializam as políticas governamentais na direção de políticas públicas de saúde e na preservação do meio ambiente enquanto finalidade à valorização da

1 jfmjmedeiros@gmail.com

pessoa e consolidação do fundamento constitucional esculpido no Art. 1º, III. Em outras palavras, a realização da dignidade da pessoa humana.

Urge, desta forma, a discussão entre a imprescindibilidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e políticas públicas de saúde como caminho à concretização do direito fundamental à saúde. Indispensável, portanto, entender a disparidade entre o texto constitucional e a realidade brasileira no concernente à relação entre políticas públicas direcionadas ao meio ambiente e as políticas públicas de saúde. A temática perpassa, então, pelo questionamento: é possível a existência de um direito fundamental à saúde sem a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como possibilidade de retirar o ser humano do processo de precificação em que foi posto pelo distanciamento existente entre dois direitos fundamentais?

Por outro ângulo e no caminho da discussão proposta necessário se faz olhar para o escrito no exposto pelo Art. 3º, II da Constituição Federal ser o desenvolvimento nacional um dos objetivos do Estado brasileiro, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais conforme texto constitucional, Art. 3º, III. Ou seja, da impossibilidade de resolvermos questões atreladas à saúde sem discutir o meio ambiente. Da mesma forma que não se pode discutir uma política de desenvolvimento econômico desconsiderando a sustentabilidade em seus pilares, o econômico, o social e o ambiental.

Problema que se impõe pela própria força do termo direito e ganha espaço quando vem à tona existência um direito à saúde dissociado de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se neste ponto a necessidade de trazer à luz os direitos, que por sua origem são humanos, na construção de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como forma mais abalizada da valorização do direito à saúde na procura do abandono à precificação do Ser. Vê-se este embate a ocorrer no terreno legal à necessária materialização dos princípios postos como alicerces do texto constitucional brasileiro.

Postas estas notas preliminares sobre o tema e o objeto de estudo e com fulcro no problema de pesquisa apresentado, lê-se como objetivo geral deste trabalho o de analisar a possibilidade de ser o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado o caminho à concretização do direito fundamental à saúde e resgatando o homem, sujeito de direitos e deveres, enquanto valorado no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para tanto os objetivos específicos do presente construto residem em: investigar o direito à saúde enquanto direito fundamental inserido na Constituição Federal de 1988 à ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy; discutir a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como esteio à realização do direito à saúde; estabelecer a importância do direito ao meio ambiente e sua direta relação com o direito fundamental à saúde na construção de uma existência digna na seara da dignidade da pessoa humana; avaliar a possibilidade de ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e consequente abandono à perspectiva da precificação dos direitos fundamentais.

Este trabalho localiza-se no diálogo entre o Direito Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e na interlocução necessária entre os Direitos Sociais previstos na Carta Magna, especificamente o direito à saúde com um dos ramos do Direito Público, no caso o Direito Ambiental.

O caminho metodológico traçado objetivando a realização deste trabalho é o da pesquisa bibliográfica e documental enquanto espaço à construção de uma análise a partir do método hermenêutico fazendo uso da interpretação judicial-histórica com a utilização de dados que serão coletados no trabalho de leitura no terreno da doutrina e análise interpretativa de jurisprudências nascidas a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal pertinentes à temática proposta no atual construto. Impõe-se, necessário afirmar, a realização da leitura de produções acadêmicas na seara que este projeto está sendo proposto. Ou seja, na interlocução entre o Direito à Saúde e ao Direito

Ambiental no concernente a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendidos enquanto direitos fundamentais.

A pesquisa proposta neste projeto está localizada no campo das Ciências Sociais Aplicadas, especificamente no espaço do Direito e encontra respaldo teórico na interlocução entre o Direito e outros territórios do conhecimento que destaquem a importância do diálogo no campo científico com pertinência à Ciência Jurídica e os demais territórios do conhecimento no âmbito histórico-social. No concernente à relevância teórica-acadêmica o trabalho procura (re) estabelecer novos diálogos de forma a possibilitar respostas aos novos problemas advindos do tecido social e que estão hoje a questionar o saber jurídico. No trabalho em construção estamos referenciando-nos aos problemas advindos da saúde em diálogo com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Procura-se que o resultado atingido ao final possa contribuir para a elaboração de políticas públicas de saúde que possuam como sustentáculo o diálogo com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e (re) afirmem os fundamentos constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Podendo, assim, resgatar o homem em sua condição de cidadão a partir da concretização dos direitos fundamentais.

Por fim, este trabalho durante a sua construção tem como um de seus alicerces o resgate do diálogo mediado pela ética entre o conhecimento a avançar cotidianamente e o homem distanciado que perdeu sua condição de cidadão. Percebe-se, assim, que o atendimento a estes preceitos constitucionais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, são condições a merecer conversação no campo da ética e, neste caso, da ética ambiental como construto à uma melhor qualidade de vida e por consequência atender ao preceituado na Carta Magna no concernente ao direito fundamental à saúde.

2 O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO CAMINHO À REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

UNILASALLE CANOAS-RS

Este construto teórico tem por objetivo discutir o direito fundamental à saúde em sua interligação com o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Percebe-se destaque na construção de um projeto de pesquisa importa ser posto com clareza o recorte teórico e os conceitos com os quais se pretende trabalhar no caminho à elaboração do trabalho final. Lê-se, ainda, a obrigação de localizar no campo das Ciências Sociais Aplicadas, neste caso o Direito. Neste sentido interessante a lição de Buaiz & Reis (2012) de que

> por meio da história, o direito representa uma luta persistente por conquistas que proporcionem determinada transformação social ou pessoal, que apenas é válida em determinado momento e em determinado contexto, até que, sendo superado, ceda seu lugar a outra, num movimento constante de renovação. Isso porque, a busca pelo direito justo se sobrepõe a toda e qualquer outra forma de entendimento do direito, porque se funda em um sentimento jurídico que brota em um momento crucial da vida humana: quando um direito lesado mostra, na realidade diária, a necessidade da ação que estabeleça a equidade. Não diferente os seres humanos, por suas características peculiares, são titulares de direitos, inerentes à sua condição humana e considerados fundamentais à pessoa – por isso são direitos fundamentais ou humanos – diante do Estado, cujo poder deve exercer-se a serviço destas, como meio para que vivam em sociedade em condições dignas. (BUAIZ & REIS, 2012, p. 695)

Vê-se, assim, que a discussão ao direito à saúde não pode ser realizada apenas com o olhar ao Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. O atual contexto no mundo jurídico impõe aquele a pensar o Direito do imperioso entendimento de procurar em outros territórios do saber elementos teóricos que sempre estiveram próximos ao Direito.

É neste sentido que o ordenamento jurídico pátrio prescreve à luz da Constituição Federal o acesso à saúde conforme literalidade do Art. 6º da Carta Magna promulgada em 1988. Na mesma estrada reside o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante diploma legal supracitado em seu Art. 225. Estamos, portanto, na seara dos direitos fundamentais. A realização do direito fundamental à vida passa, imperiosamente, pelo direito à saúde a encontrar sustentáculo em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Lê-se, ainda, na Lei Maior em seu Art. 196 ser

> a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CRFB/88)

E consoante ao direito à vida deve-se perceber o exposto por Silva (2014) ao afirmar que

> a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que não só ao Estado, mas à própria Humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida. (SILVA, 2014, p. 463)

Percebe-se desta forma que não se pode falar em direito fundamental à vida sem que o direito fundamental à saúde possa ser garantido pelo Estado conforme previsão constitucional. Outrossim, a vida deve existir com qualidade em nome do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, faz mister trazer à tona a necessária discussão em torno do meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Lê-se na literalidade do exposto no Art. 196 da Constituição Federal ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Mas não deve passar despercebido de que em caso de descumprimento do previsto no Art. 225 da Carta Magna podemos não ter atendido a redução do risco à doença, conforme preconiza o Art. 196 da Lei Maior e, sendo assim, é importante perceber a lição posta por Schwartz (2004) de que

> se não existe qualidade de vida, mais fácil é a possibilidade da doença. A qualidade de vida, por seu turno, continua sendo objetivo (saúde), visto que sempre há a possibilidade de novas decisões que venham a elevá-la. (SCHWARTZ, 2004, p. 62)

A qualidade de vida encontra-se prescrita no texto constitucional em seu Art. 225 quando, de forma expressa, o constituinte originário impôs ao Estado o dever da existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma a ausência de políticas públicas direcionadas à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode diminuir a qualidade de vida e por consequência o risco de contrair doenças pode aumentar. O exposto até aqui no concernente a expressão qualidade de vida posta no Art. 225, CRFB/88, (re) torna na discussão posta por Silva (2014) de que

> a qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo ao Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, ***saúde***, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do homem e de seu desenvolvimento. (SILVA, 2014, p. 541, grifo nosso)

E ainda de acordo com a lição posta por Silva (2013) deve-se perceber da importância de que o

> combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se numa preocupação de todos. A *proteção ambiental*, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida,* como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (SILVA, 2013, p. 61)

Lê-se, portanto, que a materialização do direito fundamental à saúde encontra espaço na percepção de que o meio ambiente é parte para a concretização do exposto no Art. 6º, CRFB/88, no referente à saúde. Impondo, desta forma, ao Estado o dever de atender o imperativo constitucional constante no Art. 225/CRFB/88 como caminho à concretização do previsto no Art. 1º, III, CRFB/88 onde o constituinte trouxe para a Lei Maior o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o direito fundamental à saúde, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e os Arts. 196 e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil não podem ser lidos de forma diversa ao objetivo a ser atingido ou mesmo separados. A interconexão entre estes direitos fundamentais é essencial ao entendimento do previsto na Carta Magna de 1988. Ou seja, o direito fundamental à saúde perpassa por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Segundo Silva (2014) é necessário perceber que

> a Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (SILVA, 2014, p. 530)

3 O MEIO AMBIENTE EO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: NECESSÁRIA DISCUSSÃO ÉTICA.

UNILASALLE CANOAS-RS

Percebe-se, portanto, estarmos diante uma questão com fundamento ético. Aristóteles (2010) afirma que

> muitas são as ações, artes e ciências, muitas também são suas finalidades. O fim da medicina é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia militar é a vitória, e o da economia é a riqueza. (Aristóteles, 2010, p. 13)

Vê-se no pensamento aristotélico a preocupação em atingir a saúde pelo caminho da medicina. Percebe-se, assim, que a preocupação com a saúde no mundo grego atravessou o tempo e é mantida em novos espaços geográficos. A questão posta por Aristóteles encaminha a pesquisa aqui proposta para a percepção de que não é bastante o fato da previsão constitucional como exposto na Constituição Federal em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II, Dos Direitos Sociais, em seu Art. 6º, a consagrar a saúde como um Direito Social. Neste raciocínio Nussbaum (2014) afirma que "o que importa para a justiça é a qualidade de vida das pessoas." (NUSSBAUM, 2014, p. 100)

Percebe-se a necessidade de entender que a ausência de uma "consciente conversão ética, direcionada à proteção do ambiente, não haverá alternativa para o habitante deste planeta injuriado. (NALINI, 2015, p. 51) Significando que a proteção ao meio ambiente reside para além da norma positivada e perpassa por um entendimento da ética e da alteridade. Neste caminho apontamos para a lição de Lévinas (2010) de que

> Esta inversão humana do em-si e do para-si, do "cada um por si", em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessível – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo de encontro do rosto de outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o "acontecimento" ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser." (LÉVINAS, 2010, p. 242)

Necessário refletir que a dimensão ética ocorre na existência do Outro. Se o "cidadão" não observa sua existência atrelada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (nesta relação o meio ambiente é o Outro) ele não está no exercício pleno da cidadania. Reside, entretanto, na premissa aristotélica de que "o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade." (ARISTÓTELES, 2003, p. 15) Neste sentido o homem contemporâneo deve perceber que a sua condição de cidadania está atrelada aos direitos fundamentais e que, dentre eles, existe a necessária obrigação de respeito ao meio ambiente como condição de realização da saúde como direito fundamental.

No sentido kantiano podemos afirmar que o homem ao não trabalhar o meio ambiente enquanto espaço à sobrevivência humana e caminho à realização do direito fundamental à saúde continua preso à menoridade. Neste caminho Kant (2008) afirma que

> a menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. (KANT, 2008, p. 115)

UNILASALLE CANOAS RS

Pugna-se pelo entendimento de que a superação da menoridade a qual reside prisioneiro o homem na sociedade contemporânea tem relação direta na percepção do meio ambiente como o Outro. A questão ética impõe-se por ser o meio ambiente um direito de todos e não cabe ao ser humano, de forma isolada, ter este como espaço individual. Destaque-se, ainda, o imperativo apontado por Nalini (2015) sobre a necessária

> compreensão da natureza como nicho vital conduz a consciência do homem a ser protetora e vigilante. Dentre os paradoxos da civilização contemporânea, a emitir eloquentes mensagens de que a vida parece às vezes tão desvaliosa, está o devotar-se à missão de valorizá-la. Cumpre acrescentar valor acrescido a todas as manifestações existenciais. Enquanto a vida é banalizada, não só a da natureza, mas também a vida de nosso semelhante invisível ou excluído, o discurso edificante proclama o valor transcendental de toda e qualquer forma de existência. (NALINI, 2015, p. 51)

Percebe-se, portanto, a importância de perceber o meio ambiente como elemento essencial à sobrevivência humana e sendo essencial à qualidade de vida enquanto estrada à realização do direito fundamental à saúde. Considerando que o direito fundamental à saúde passa, imperiosamente, pela qualidade de vida residindo em relação direta com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante previsão constitucional. Ambos são direitos fundamentais e postos como dever do Estado na procura da realização da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional.

Lê-se que o desafio imposto ao mundo jurídico reside em entender a necessidade de ser a vida, a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado situações que não podem ser precificadas, mas valoradas. Neste ponto retornamos a Kant (2008) onde o mesmo afirma que

> no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente: por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2008, p. 65)

Percebe-se, entretanto que vida e saúde são elementos humanos e contém, em si, dignidade. Nesta acepção onde ficaria o meio ambiente ecologicamente equilibrado? Não é um ser racional e, portanto, não possui um elemento moral que possa ser valorado. Seria, então, possível de ser precificado? A resposta é não. O meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser visto no mundo dos valores por carregar consigo a capacidade humana de sobrevivência. É, o homem, parte do meio ambiente e assim deve ser percebido. Portanto, quando se fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado a referência ao homem, habitante deste espaço, é direta. O pensamento kantiano permite entender a interconexão entre vida, saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado e que devem ser valorados na concretização da qualidade de vida preceituada no texto constitucional.

4 QUALIDADE DE VIDA, MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A (POSSIBILIDADE DE) REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

Vê-se que para falar de qualidade de vida é importante trazer à tona a preocupação do constituinte originário com o meio ambiente quando esculpiu no Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil que

> todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CF/1988)

UNILASALLE CANOAS RS

Nesta acepção é importante salientar ser o Brasil um Estado Democrático de Direito conforme Art. 1º, Caput, da Constituição Federal e contendo como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana esculpido no Art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana não tem como ser concretizado sem que todos possuam o direito à sadia qualidade de vida, o acesso à saúde e o reconhecimento de seu espaço enquanto cidadão.

Diante da posição exposta pugna-se pela realização dos direitos fundamentais como alicerces do Art. 1º, Caput, da Carta Magna. O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e deve, portanto, ser garantidor dos direitos fundamentais. A (con) formação do Estado brasileiro é distante da dos estados totalitários que, conforme Ferrajoli (2011), em "um ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais." (FERRAJOLI, 2011, p. 10).

Pugna-se, portanto, que o (re) conhecimento do exposto no artigo 225/CRFB/88 enquanto caminho à realização do prescrito no Art. 6º da Carta Magna ao falar sobre saúde. Nalini (2015) comentando o disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil afirma que "esta não é uma obra estritamente *jurídica*. É uma proposta *ética*." (NALINI, 2015, p. 55) Neste esteio é necessário entender a importância da leitura do texto constitucional. Alerta MORAES (2002) de que

> a primeira finalidade básica da interpretação constitucional é garantir o máximo de efetividade do texto magno, consagrado sua força normativa e garantindo a interpretação de todo o ordenamento jurídico em conformidade com suas normas. A segunda finalidade da interpretação constitucional é a integração do ordenamento constitucional. A terceira finalidade constitui na realização do controle formal e material das leis a atos normativos editados pelos poderes constituídos. A quarta

> finalidade é a de eleger a solução mais correta e justa para o caso, do ponto de vista dos Princípios e Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional, verdadeiros paradigmas para aplicação do Direito Positivado." (MORAES, 2002, p. 104)

Lê-se assim da impossibilidade de discutir apenas no âmbito jurídico questões como a saúde e, ainda mais, dissociada de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Impõe-se ao mundo jurídico o desafio de perceber o texto constitucional nos artigos e incisos relativos à saúde e com o olhar direcionado ao elo entre saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coloca-se, de forma imperativa, a quem trabalha com o Direito o diálogo com a Filosofia, a Sociologia, a Biologia além de procurar perceber a interconexão entre os vários ramos do Direito. Igualmente importante é entender a presença dos direitos fundamentais no texto constitucional de 1988. Neste sentido a lição de Sarlet (2015) é base à compreensão de que

> os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 2015, p. 59)

Para Sarlet (2015) é ainda importante traçar um paralelo entre a Constituição de 1988 e a Carta Magna anterior para demonstrar a importância que os direitos fundamentais passaram a ter no tecido social brasileiro. Afirma, neste sentido, que

> traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. (SARLET, 2015, p. 64)

UNIVERSIDADE LUTERANA CANOAS-RS

Neste sentido é importante salientar que o Brasil estava acabando de sair de um regime ditatorial onde os direitos fundamentais não estavam postos. Além disso é importante frisar que nas cartas constitucionais anteriores ao Regime Militar o conjunto de direitos fundamentais positivados hoje no texto constitucional residiam, quando muito, no terreno filosófico ou sociológico. Mendes (2012) apontava sobre a importância do direito à saúde na Constituição de 1988. Afirma que

> a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de "socorros públicos" (art. 179, XXXI) (MENDES, 2012, p. 696)

A importância que assumiu o texto constitucional pátrio de 1988 é exposto a cada leitura no campo da doutrina ou mesmo quando o estudo comparativo entre textos normativos de caráter constitucional é realizado. Tal fato reside na concepção de direitos fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com a positivação dos direitos fundamentais urge o problema de entende-los dentro da Carta Magna e em sua relação com a sociedade. A discussão perpassa para o terreno da efetividade, ou não, dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Na procura de entender o texto constitucional no que concerne aos direitos fundamentais precisamos entender a lição posta por Alexy (2009) de que

> quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar. (ALEXY, 2009, pp. 11-12)

E consoante Alexy (2012) o fundamental de entender que "sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito." (ALEXY, 2012, p. 50) É neste sentido que a preocupação deve ser não somente com os direitos fundamentais, mas com a existência de norma a garantir o direito.

Ao tratar do problema da norma no campo dos direitos fundamentais Alexy afirma que "normas de direitos fundamentais são normas." (ALEXY, 2012, p. 51) De igual importância passa a ser, nas palavras do supracitado autor, o conceito de norma. Segundo Alexy

> o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma. O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. (ALEXY, 2012, p. 51)

Percebe-se, portanto, ser necessário entender o conceito de norma para entender o conceito de norma de direito fundamental. Posicionamo-nos, entretanto, de que igual importância tem o conceito de Direito para melhor entender a conceituação de norma. Portanto assumiremos para este projeto de pesquisa o conceito de Direito proposto por Alexy e que contém a legalidade, a eficácia e a correção. Consoante Alexy

UNILASALLE CANOAS-RS

> o direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção, consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve ser apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Lê-se pelo conceito exposto ser ele o mais apropriado para o que este projeto de pesquisa está propondo. Ou seja, a utilização da conceituação de norma de direito fundamental e de direito de Robert Alexy na interpretação do direito à saúde e sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição da República Federativa do Brasil. Consoante Silva (2014) devem ser observadas que

> as regras constitucionais deônticas é que são normas constitucionais, porque só elas exprimem dever-ser, só elas conferem direitos e impõem deveres, reveladas basicamente nas normas de direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2014, p. 935)

Por fim, este projeto de pesquisa norteado pelo construto teórico de Alexy e com base no pensamento jurídico pós-positivista irá trabalhar com a análise de textos jurisprudenciais advindos do STF por ser este o Tribunal competente, conforme previsão constitucional, a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

5 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

O exposto até o presente neste construto demonstrou a necessidade de que a discussão sobre saúde perpasse, de forma direta e indireta, pelo prescrito no Art. 225/CF, Caput. Ou seja, de que tenhamos um meio ambiente ecologicamente equilibrado como possibilidade de qualidade de vida. A problemática atual, desafio ao mundo jurídico, reside em resgatarmos a leitura do texto constitucional a partir de seus fundamentos, Art. 1º/CF, e dos objetivos expostos no Art. 3º/CF.

Pugna-se, portanto, pela discussão sobre o desenvolvimento nacional e pela erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais e regionais, incisos II e III do Art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tais situações não podem, e é esta nossa discussão central, serem alcançadas se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como alicerce à saúde não for considerado como prioridade.

Postas estas linhas chegamos ao ponto onde os objetivos constitucionais desenham o caminho até a construção de um desenvolvimento nacional de forma a erradicar a pobreza. O alcance de tal objetivo já teria, por si, eliminado as desigualdades sociais e regionais.

Necessário se faz, portanto, que superarmos a discussão do campo político para uma política de planejamento de Estado e não de Governo como tem sido a tônica do Estado brasileiro. O direito fundamental à sustentabilidade perpassa, então, pela economia, sociedade e a questão ambiental como situação equacionada. Neste esteio afirma Sachs (2004) de que

> um potencial latente para construir estratégias de desenvolvimento nacionais, includentes, sustentáveis e sustentadas, capazes de quebrar o ciclo vicioso de subdesenvolvimento e pobreza, dentro de um esquema de economias mistas, devidamente regulamentadas por estados desenvolvimentistas enxutos, limpos e democráticos." (SACHS, 2004, p. 70)

Em outras palavras, o alcance dos objetivos constitucionais passa, de forma óbvia, pelo resgate do homem, como dito linhas acimas, para sua condição de cidadão e, assim, realização da cidadania à ótica ambiental promovendo políticas sustentáveis e alcançando, assim a sustentabilidade. Não se fala, aqui, de igualdade, mas de alcance do escrito pelo constituinte originário no Art. 3º, III da CRFB/88. E ainda na linha proposta pelo autor supracitado temos de considerar que

> não temos o direito de sacrificar a geração presente em prol de um futuro radiante para aqueles que virão depois de nós, da mesma forma que não temos o direito de privar as gerações futuras de herdarem um planeta habitável. (SACHS, 2004, p. 75)

Significa, portanto, que o desenvolvimento econômico não pode desconsiderar a questão ambiental sob pena de colocar em risco a saúde de gerações futuras ao tornar o ambiente Terra área inabitável.

Desta forma o direito fundamental à saúde guarda sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e promove, ao mesmo tempo, os objetivos constitucionais. Saliente-se, ainda, de que tal caminho é o único à realização da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente construto teórico percebe-se a possibilidade, na realidade uma necessidade, do operador do Direito a viver no Séc. XXI, de trabalhar com outros saberes como a sociologia, a filosofia, a ética e a bioética. É momento de superar a separação em saberes presentes nos estudos jurídicos para uma leitura sistêmica dos escritos legais.

O debate estabelecido ao longo destas linhas confirmou a premissa de que o Direito à Saúde é, além de um dos direitos fundamentais, como deve ser observado a partir do Direito Ambiental. Especificamente, o Direito deve pensar a saúde a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se, ainda, a possibilidade da construção de uma existência digna na seara da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional. Confirma-se a necessária interpretação da Lei Maior como esteio à garantia da pessoa humana a ter acesso à sadia qualidade de vida. Neste sentido urge compreender que a discussão jurídica relacionada ao Direito Ambiental é, antes de tudo, um diálogo relacionado ao Direito à Saúde no sentido de a preservação do meio ambiente significar a continuidade da existência humana.

Lê-se, entretanto, que a discussão aqui realizada somente pode ser realizada em sua concretude com a ressignificação do homem em seu sentido ético a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e consequente abandono à perspectiva da precificação dos direitos fundamentais e valoração da pessoa humana.

Necessária se faz a superação do divórcio do homem em relação ao cidadão de forma a resgatar este último a ser construtor da sociedade no concernente à existência do meio ambiente com condições de gerar qualidade de vida à sociedade. O homem precisa, assim, voltar a viver próximo a si.

Pugna-se, portanto, para que o arcabouço normativo existente no texto da Carta Magna de 1988 possa ter eficácia no concernente à melhoria da qualidade de vida enquanto esteio ao direito fundamental à saúde e, por consequência, diminuindo a incidência de novas doenças advindas da degradação do ambiente em que estamos a habitar.

Por fim, demonstrou-se que o processo de não atendimento aos direitos fundamentais atinge o homem em sua essência e este não percebe tal fato devido a resistir em chegar à maioridade no sentido kantiano. Comprovou-se, neste diapasão, da impossibilidade de o Estado, sem que o homem resgate o cidadão, da realização do preceituado enquanto dignidade da pessoa humana.

UNILASALLE CANOAS-RS

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2012.

_____. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

ARISTÓTELES. Política. São Paulo, Martin Claret, 2003.

_____. Ética a nicômaco. São Paulo, Martin Claret, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Assuntos Técnicos, 2008.

BUAIZ, Neiva Lima dos Santos & REIS, Gláucia Maria Teodoro. Pensando no direito humano: subjetividade e poder. IN TAYAH, José Marco. Reflexiones sobre derecho latino-americano: estúdios em homenaje a laprofesora Flavia Piovesan. Buenos Aires, Quorum, 2012.

CERQUEIRA, Marcello. A Constituição na história: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do leste europeu. 2ª Ed. rev. e ampl. até a EC nº 52/2006 – Rio de Janeiro, Editora Revan, 2006.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito constitucional. 7ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador, Editora JusPODIVM, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

FRIEDE, Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. 8ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5ª Ed. São Paulo, Atlas, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo, Martin Claret, 2008.

_____. Crítica da razão pura. Lisboa, Edição da Fundação CalousteGulbenkian, 2001

_____. Introdução ao estudo do direito. Bauru, EDIPRO, 2007.

LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do trabalho científico. 2ª Ed. São Paulo, Atlas, 1987.

LEITE, Flamarion Tavares. 10 lições sobre kant. 4ª Ed. Petropólis, Vozes, 2010.

LÉVINAS, Emanuel. Ensaios sobre a alteridade. Petrópolis, Vozes, 2010.

MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 7ª Ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2012.

NALINI, José Renato. Ética ambiental. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAZ, Joseph. Uma discussão sobre a teoria do direito. Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Buygin. Trad. Sheila Stolz. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro, Garamond, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Izequias Estevam dos. Textos selecionados de métodos e técnicas de pesquisa científica. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Ímpetus, 2000.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. Teoria do conhecimento constitucional. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2014.

_____. Direito Ambiental Constitucional. 10ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2010.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – PLURALISMO RELIGIOSO, INTERCULTURALIDADE E LAICIDADE

CANOAS, 2016.

APONTAMENTOS SOBRE A LAICIDADE DO ESTADO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS BRASILEIRAS: OLHARES SOBRE A LEI E A ADI 4439/2010

Manoela Ramos Bartell[1]
Cibele Cheron[2]

RESUMO: Neste artigo avaliamos o Ensino Religioso, disciplina integrante dos currículos regulares do ensino fundamental público brasileiro, e objeto de controvérsias com relação à laicidade do Estado e a direitos fundamentais. Partimos da análise dos dispositivos legais concernentes para atender ao problema de pesquisa: conforme está regulamentado, o ensino religioso fere a laicidade do Estado ou direitos fundamentais dos cidadãos? Empregamos a análise de conteúdo dos documentos legais, desde referencial teórico fundamentado nas Ciências Jurídicas e Sociais. A apreciação do tema nos aponta a necessidade de reformulação dos dispositivos infraconstitucionais e a adequação de estrutura e organização das instituições de ensino.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia Jurídica. Ensino Religioso. Laicidade do Estado. Direitos e Garantias fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Esta investigação está estruturada em três segmentos. Iniciamos procurando identificar e compreender as principais críticas dirigidas ao Ensino Religioso, com foco no problema de pesquisa. No segundo segmento,traçamos um panorama da disciplina de Ensino Religioso na matriz Curricular do Ensino Fundamental das escolas públicas no Brasil, tal como previsto em lei. Destacamos a observação do art. 210, parágrafo 1º da Constituição Federal, do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e do art. 11, parágrafo 1º do Decreto 7107/2010. No terceiro e último segmento, nos dedicamos ao exame da ADI 4439/2010, na qual a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos em comento é levantada, com base nos preceitos de laicidade do Estado e direitos fundamentais da pessoa humana.

A laicidade do Estado e a presença do Ensino Religioso nas escolas públicas é um tema que ao longo dos anos passou por avanços e retrocessos, moldando-se a partir dos textos constitucionais e dispositivos infraconstitucionais brasileiros. Deve ser tema emconstante questionamento, contribuindo para um melhor entendimento sobre os direitos fundamentais envolvidos e para um consequente ajuste das práticas em sala de aula.

2 O ENSINO RELIGIOSO E A ESCOLA PÚBLICA

A educação é uma necessidade básica do ser humano, transformada em direito pela lei. O ensino fundamental tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o mundo do trabalho. O objetivo do ensino fundamental é a formação básica do cidadão. Como parte dessa formação, o Ensino Religioso integrao mundo da educação presente como disciplina e área de conhecimento do ensino fundamental. Isso significa reconhecer que o Ensino Religioso é parte da formação básica do cidadão. A escola, assim, é

1Graduanda Direito - Uniritter; manubartell@hotmail.com.
2Doutora em Ciências Políticas - UFRGS, iccibele@gmail.com

reconhecida pelo seu potencial enquanto espaço público para se aprender sobre os princípios constitucionais da tolerância e da liberdade de culto.

Deve ser papel do Ensino Religioso possibilitar ao educando o conhecimento analítico e crítico das religiões e, dessa forma, contribuir para sua formação pessoal e social, pois fornece informações para que ele construa suas próprias convicções,e aprenda a mantê-las em convivência pacífica e tolerante com as demais convicções.

SANTOS & LIMA (2012) enfatizam o papel estruturante da educação religiosa na formação humana e social, quando realizada sobre as bases do reconhecimento do outro, respeito e tolerância:

> Nada influencia mais o ser humano e a sociedade do que a religião. Ela internaliza valores culturais, éticos, morais, amor e ódio ao próximo. Contudo, o grande problema é achar que a sua religião é a certa e as demais são heresias ou contrárias às suas doutrinas. Assim, a educação religiosa é de importância fundamental para o bem-estar da sociedade. O conhecimento do outro, através da educação religiosa pode ser o caminho para a tolerância e o respeito entre as religiões.(SANTOS; LIMA, 2012, p.554)

Supõem-se, a priori, a inserção do Ensino Religioso não confessional, em perspectiva antropológico-cultural, com vistas a atender necessidades humanas de desenvolvimento pleno e de busca por valores norteadores da existência (RUEDELL, 2007). Enquanto disciplina, parte-se da harmonização com os quatro pilares da educação propostos pela UNESCO, condensados em aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser (UNESCO, 2010). Nesta compreensão, o Ensino Religioso se revela como ferramenta capaz de oferecer significativa contribuição para a construção da cultura da paz, fomentando a cidadania, o diálogo e a tolerância.

A idealização contemporânea de escola delineia um espaço preparado para lidar com multiculturalidades e diversidades. Relativamente à diversidade de credos, a disciplina de Ensino Religioso tem o condão de preparar o ambiente escolar para a aceitação do diferente, que lhe é próprio, especialmente quando se trata da escola pública. A disciplina, enfatiza, assim, "a formação cidadã a partir das contribuições que as tradições religiosas oferecem para o processo de civilização e humanização do homem" (JUNQUEIRA, 2008, p.133).

3 PANORAMA DO ENSINO RELIGIOSO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A disciplina Ensino Religioso insere-se na trajetória da educação no Brasil imbricada nas relações entre o Estado e a Igreja Católica, na tradição da evangelização do período colonial, ante as constantes salvaguardas das verdades fundamentais e dogmas da fé católica. Antônio Joaquim Severino observa, neste aspecto, que

> Todo o investimento da evangelização, em sentido estrito, como da educação, sob inspiração cristã, se deu historicamente nesta linha. Foi por isso mesmo que o Cristianismo e a Igreja conviveram pacificamente com situações sociais de extrema opressão, com a escravidão, a exploração no trabalho etc. É como se estas situações independessem da vontade do homem, bastando que as consciências individuais se sentissem em paz, nada se podendo fazer contra estas situações objetivas (SEVERINO, 1986, p. 71).

Com a Proclamação da República, o Brasil deixa de ser um Estado confessional, e declara na Constituição de 1891 a laicidade do Estado. Nesse momento a ruptura com a Igreja foi maior do que a que tivemos na Constituição de 1988. Segundo Fábio Dantas de Oliveira, "a Constituição Federal de 1891 representou um marco no que tange à laicidade do Estado, pois todas as Constituições que lhe

sucederam mantiveram a neutralidade inerente a um Estado Laico, ainda que teoricamente". A Carta de 1891 não fazia menção a Deus nem mesmo em seu preâmbulo, preconizava a ampla liberdade de culto, sem nenhuma intervenção estatal, e lia-se expressamente "será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos". A Constituição de 1931 introduz o Ensino religioso de forma facultativa e como disciplina dos horários das escolas públicas, o que se manteve inalterado até a Constituição de 1988.

Atualmente o Ensino Religioso, está previsto como disciplina regular, ou seja, deve ser oferecida no horário normal da escola contribuindo para a totalidade das 800 horas/aula anuais das escolas públicas. É de matricula facultativa e oferta obrigatória nas escolas de ensino fundamental, conforme preconiza a CRFB/88 no artigo 210.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no artigo 33 completa o texto constitucional ao acrescentar "assegurando o respeito à diversidade cultural, religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo". Ainda conforme o artigo 26 da mesma lei fica estabelecido que o Currículo da Base Nacional comum do Ensino Fundamental deve abranger obrigatoriamente o estudo do Ensino Religioso.

Cabe ainda ressaltar que as Diretrizes Nacionais para a Educação Básica, estabelecida conforme a Resolução n. 2/98 do Conselho Nacional de Educação, organiza os componentes curriculares e atribui ao Ensino Religioso o status de Área de Conhecimento.

4 QUANTO A DEFINIÇÃO DOS CONTEÚDOS E A QUALIFICAÇÃO DOCENTE

Conforme artigo 33, parágrafo 1° da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, os procedimentos para a definição dos conteúdos do Ensino Religioso se darão conforme regulamentação dos sistemas de ensino, bem como as normas para a habilitação e admissão de professores para este componente curricular. Já no parágrafo 2°, o dispositivo preconiza que os sistemas de ensino ouvirão a sociedade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para definir os conteúdos do Ensino Religioso.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Na prática, o que ocorre é a falta desse diálogo com a sociedade civil e da responsabilidade dos Sistemas de Ensino em definir e elaborar, através de setor pedagógico próprio, os conteúdos dessa área de conhecimento como ocorre com as demais áreas, onde todas são fiscalizadas e obedecem aos consensos científicos estabelecidos pelos pesquisadores da respectiva área.

Ainda que existam entidades constituídas pelas diferentes denominações religiosas para contribuir com esse trabalho em alguns estados, como é o caso do Rio Grande do Sul, o último Referencial Curricular para o Ensino Religioso na Educação Básica do Estado do RS publicado pelo Setor pedagógico da Secretaria de Educação é do ano de 2006 e pouco divulgado.

Conforme estudo feito por Debora Diniz, Tatiana Lionço e Vanessa Carrião, o Ensino Religioso é aplicado de formas diversas nos estados da federação. Através de análise traçaram um quadro mostrando que em alguns estados ele ocorre de maneira confessional, na maioria dos estados ocorre de maneira interconfessional e em São Paulo é aplicado o Ensino da História das Religiões. Vemos que em nenhuma das 3 modalidades o Ensino Religioso está sendo aplicado de acordo com os preceitos legais.

Isso fica ainda mais claro quando analisamos a questão da habilitação dos professores. Segundo a lei, cada sistema de ensino tem a liberdade de estabelecer as normas para a habilitação e admissão de professores, no caso do RS é exigida a seguinte qualificação dada pela Resolução 256/2000 do Conselho Estadual de Educação: o professor de Ensino Religioso deve ter formação acadêmica superior (Graduação) em qualquer área de conhecimento e cumprir 400horas de formação específica em Ensino Religioso. E para a contratação de professores Secretaria da Educação

estabeleceu em 2005: mínimo de 100 horas de formação específica em Ensino Religioso, ligadas ao compromisso do professor em completar as 400 horas previstas.

Ocorre que, muitas vezes, a exemplo do que acontece no RS, a disciplina não é contemplada em Concurso do Magistério, além de haver raríssimos cursos de formação nessa área. Assim, professores que tem carga horária sobrando, acabam aceitando a incumbência de lecionar disciplina para a qual não estão qualificados.

Conforme destaca TEIXEIRA (2009): "O educador de Ensino Religioso precisa ser capaz de abordar aspectos de todas as religiões sem privilegiar nenhuma delas, daí a necessidade de que este possua uma formação que contemple o conhecimento teórico necessário para fazer tais abordagens".

Nesse sentido encontrarmos um problema prático que perpassa a falta de oferta de cursos de formação que seria a grande variedade de denominações religiosas a serem contempladas por esse professor. Daí a importância do diálogo com representantes das diferentes religiões.

5 ANÁLISE DA ADI

A ADI 4439/2010 foi proposta pela Procuradora Geral da República ao Supremo Tribunal Federal em 2010 e versa justamente sobre a laicidade do Estado e a forma como é ministrado do componente curricular do Ensino Religioso atualmente nas escolas públicas no Brasil.

Primeiramente, é importante dizer que a proposta da ADI não versa sobre a retirada do Ensino Religioso da matriz curricular das escolas púbicas, mas sim sobre a correta aplicação desta disciplina. O texto levanta questionamentos sobre a interpretação de alguns dispositivos legais vigentes, que pela ambiguidade ou possível inconstitucionalidade acabam por desqualificar a real proposta desta disciplina.

O texto da ADI 4439/2010 apoia-se em 2 pilares principais, quais sejam:

I – A laicidade do Estado não exclui a possibilidade do ensino de religiões na escola pública.

Neste ponto é abordado amplamente o conceito de laicidade e a laicidade do Estado como um princípio constitucional presente no Brasil desde a Constituição de 1891, que conforme adotada pelas democracias ocidentais, é um princípio que visa salvaguardar o pluralismo religioso e proteger o Estado das influências religiosas. Assim, entende-se que a laicidade busca promover o respeito à separação entre o poder público administrativo do Estado e o poder religioso, não concedendo privilégios a nenhuma denominação religiosa em detrimento de outras.

É papel do Ensino Religioso levar ao conhecimento analítico e crítico das religiões sem proselitismo, não ferindo assim, o princípio da laicidade.

A laicidade também afasta as ideias de que o Estado é arreligioso, contra religião, ateu ou agnóstico. A laicidade propõe que o Estado mantenha posição de neutralidade em relação a qualquer concepção religiosa ou não religiosa que deve ser de livre escolha das pessoas.

Segundo o texto da ADI, deve-se velar pelo respeito a laicidade no ensino público fundamental, pois este tem a finalidade de formar pessoas autônomas, com capacidade de reflexão crítica e preparados para exercer a cidadania. O Ensino Religioso pode proporcionar aos alunos as informações necessárias para que façam as suas próprias escolhas.

II – O Ensino Religioso NÃO deve ser confessional ou interconfessional.

O Ensino Religioso não pode assumir cunho confessional ou interconfessional. A escola não é local de doutrinação, deve, como já referido, despertar nos alunos a vontade crítica, autonomia de escolha. O profissional com a formação adequada para tal função é o professor. Assim, é inaceitável que lideres ou representantes religiosos tomem esse lugar, pois o proselitismo é vedado por lei.

O professor muitas vezes serve de exemplo aos alunos, que para se sentirem aceitos, amados acabam seguindo seus passos. Isso reforça a importância da neutralidade do professor de Ensino Religioso em sala de aula, sempre zelando pelo respeito a diversidade religiosa na sociedade.

Ao discutir ambos pontos, a referida ADI revela uma preocupação com o acordo assinado entre Estado brasileiro e Santa Sé em 2008. Este acordo foi aprovado pelo Congresso Nacional, o que deveria causar perplexidade, afinal contraria a ideia da laicidade no que tange ao não conceder privilégios a nenhuma denominação religiosa. Segundo EMMERICK"os constitucionalistas e os juristas parecem ignorar a complexidade de tal separação e tratam da temática como algo dado e sem controvérsia".

Ainda para RoseliFischmann,o homologado acordo, feriria o artigo 19 da Constituição brasileira, rompendo a tradição republicana de 120 anos de regime jurídico de relação de separação entre o Estado e as religiões.

O acordo foi alvo dos pedidos formulados pela ADI, bem como a intepretação com base na constituição. Os pedidos são 3:

I - Realize a interpretação do artigo 33, §1°e §2° da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional conforme a Constituição para assentar que o Ensino Religioso nas escolas púbicas só pode ser de natureza não-confessional com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

II – profira decisão de interpretação do artigo 11 §1° do "Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé" (Decreto Legislativo n.698/2009), para assentar que o Ensino Religioso e escolas públicas só pode ser de natureza não –confessional.

III – caso tenha por incabível o pedido formulado no item imediatamente acima, seja declarada a inconstitucionalidade do trecho "católico ou de outras confissões religiosas", constante no artigo 11, §1° do Acordo Brasil Santa Sé referido acima.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apreciação do tema nos aponta a necessidade de reformulação dos dispositivos infraconstitucionais e a adequação de estrutura e organização das instituições de ensino de forma a condizer com a formação humana em prol da dignidade, igualdade, pluralidade e tolerância.

Levando-se em consideração a laicidade o Estado brasileiro, bem como a pluralidade religiosa existente neste país, faz-se importante a leitura crítica e atenciosa dos da legislação vigente por dois motivos. Em primeiro lugar para que seja de fato assegurada a ampla liberdade de consciência, fazendo com que na prática, ao aprender sobre as diversas denominações religiosas crie-se uma cultura de paz e tolerância religiosa. Em segundo lugar para que sejam verificados os desafios práticos que podem impossibilitar essa prática.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Debora, LIONÇO, Tatiana e CARIÃO Vanessa. Laicidade e Ensino Religioso no Brasil. Editora Letras Livres, 2010.

EMMERICK, Rulian.Sexualidad, Salud y Sociedad.In: Revista Latinoamericana, n.5, 2010, pp.144-172. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/383/822> Acesso em 27 mai.2016.

FISCHMANN, Roseli. Estado laico, educação, tolerância e cidadania: para uma análise da concordata Brasil-Santa Sé. São Paulo: Factash Editora, 2012.

JUNQUEIRA, Sérgio. História, legislação e fundamentos do ensino religioso. Curitiba: Ed. IBPEX, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Aspectos da liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Evocati, n. 67, 2011. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=486> Acesso em: 25/05/2016.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. Educação, um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. Representação no Brasil: UNESCO; Fundação Faber-Castel, 2010.

RUEDELL, Pedro. Educação religiosa: fundamentação antropológico-cultural da religião segundo Paul Tillich. São Paulo: Paulinas, 2007.

SANTOS, José Roberto e LIMA, Joabson dos Santos. Diversidade religiosa. In:RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getulio (orgs.) Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares. Maceió: EDUFAL, 2012. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/aedhesp/bibliteca-virtual/downloads/livro-educacao-humanos-e-diversidade-dialogos-interdisciplinares> Acesso em: 25 mai.2016.

TEIXEIRA, Andréa Cristhina Brandão. O Ensino Religioso como via para cidadania e cultura de paz. In: Revista Eletrônica de Educação de Alagoas, v.1, n.1, 2013. Disponível em:<http://livrozilla.com/doc/979126/o-ensino-religioso-como-via-para-a-cidadania-e-cultura-de> Acesso em 27 mai.2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS APLICADA AO DIREITO: NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITO

CANOAS, 2016.

CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN.

Gualterberg Nogueira Lima[1]
Janaina Barcelos Correa[2]

RESUMO: O presente trabalho visa detalhar pesquisa em andamento sobre o estudo do Direito e as jornadas populares de junho de 2013, tendo como referencial teórico a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Busca-se verificar como os sistemas sociais atuaram de forma paradoxal em relação as manifestações populares de 2013 a fim de realizar o fechamento sistêmico e acoplamento estrutural. A investigação será realizada mediante pesquisa bibliográfica e empírica. Para analisar este evento inesperado, demandará apresentação da pesquisa empírica do IBOPE/Inteligência que mediu a confiança dos brasileiros nas instituições (sistemas) em geral e nos grupos sociais, refletindo o momento de protestos e críticas que ocorrem pelo país nono de 2013. A metodologia adotada visa comprovar o funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann, em particular a análise autopoiética de sua teoria dos sistemas sociais.

PALAVRAS CHAVES: Comunicação Sistêmica. Manifestações Populares. Teoria dos sistemas.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho tem como escopo apresentar à comunidade acadêmica questionamentos quanto aos movimentos populares de junho de 2013 ocorridos em Porto Alegre/RS, tendo como referencial teórico os ensinamentos de Niklas Luhmann.

Uma das grandes contribuições da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético foi elevar o estudo do direito como um ramo das ciências sociais – a Sociologia do Direito.

A teoria dos sistemas luhmanniana absorve os conceitos de autopoiese dos cientistas chilenos Maturana e Varela (MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos. Autopoiese, a Organização do Vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997). Luhmann substitui a teoria dos sistemas abertos pela teoria dos sistemas autopoiéticos, para afirmar que os subsistemas funcionais da sociedade são sempre auto-referenciais, ou seja, produzem e reproduzem a si próprios.

Estes constituem seus componentes pelo arranjo próprio desses componentes, o que constitui propriamente sua unidade e, portanto, seu fechamento autopoiético.

A extensão do conceito de auto-referência do nível agregado da estrutura para o nível dos elementos do sistema constitui, segundo Luhmann, a mais importante contribuição da teoria de Maturana e Varela para o entendimento de todo esse processo.

Neste contexto, tem-se como objetivo geral da presente pesquisa verificar como o sistema direito (e político) atua de forma paradoxal em relação a seus acoplamentos (no caso específico – os novos movimentos sociais), a fim de reduzir a "instabilidade social". E, como objetivos específicos, busca-se: (a) estudar os fatores que desencadearam esses protestos no Brasil; (b) verificar se houve descrédito, politização ou despolitização em relação às instituições partidárias; (c) como os sistemas (direito e político) reduzem a complexidade e a contingência; e (d) como os sistemas (direito e político) entraram em autopoiese (partidário/não-partidário; lícito/ilícito; governar/não-governar).

---

1 Mestrando em Direito e Sociedade pela Unilasalle/Canoas. Integrante do grupo de pesquisa "Teorias Sociais do Direito", vinculado ao programada de mestrado do UNILASALLE. Graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil-ULBRA (2003).

2 Mestranda em Direito e Sociedade pelo UNILASALLE/Canoas. Integrante do grupo de pesquisa "Constitucionalismo, Administração Pública e Sociedade", vinculado ao programa de mestrado do UNILASALLE. Graduação em Direito pela PUCRS (1998). Advogada civil.

2 REFERENCIAL TEÓRICO E TRABALHOS RELACIONADOS

2.1 Autopoiese do direito, complexidade Social, fechamento sistêmico e a Politização do não-político

Para Luhmann (ARNAUD, 2000, p. 166) o sistema social (e o Direito) é um sistema de interações, mas, ao mesmo tempo, é um sistema de comunicações. Luhmann o caracteriza como sendo um sistema fechado e autorreferencial, mas, ao mesmo tempo, como um sistema aberto cognitivamente para o "meio", este ameaçando permanentemente a existência do próprio sistema.

Como bem salienta José Engrácia Antunes(2005, p.105), a teoria da autopoiesis é capaz de oferecer ao direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autónomo ou um sistema decisional socialmente condicionado, e acrescenta:

> Num tempo caracterizado pela fragmentação da soberania política, pelo eclipse dos conceitos de direito natural, e pelo desencantamento do Estado-Providência, não admira que vários juristas tenham procurado averiguar das potencialidades explicativas da hipótese autopoiética no domínio do próprio Direito. Com efeito, o atual debate em curso na filosofia e teoria do direito parece dominado por um impasse: dum lado, as teorias analítico-formalistas (de que a "Teoria Pura" ainda é paradigma), centradas que estão exclusivamente na positividade do direito, facilmente se alheiam da relação entre o direito e a sociedade; do outro, as teorias sociológicas, tendo prescrutado exaustivamente todo o tipo de interações sociais do direito, não sucederam ainda, porém, a fazer justiça à respectiva autonomia.

Assim, quase todos os acontecimentos do mundo se tornam irrelevantes exceto aqueles que fomentam ou afetam a preservação deste sistema.

Para explicar e contextualizar a teoria da diferenciação sistémica, Luhmann (2005, p.105) afirma que:

> A maioria das "sociologias especiais", que no ensino e na investigação se tornaram frutíferas, ligam-se a sistemas parciais da sociedade funcionalmente diferenciados – assim, por exemplo, a sociologia política, a sociologia da religião, a sociologia econômica, a sociologia da família, a sociologia da ciência, a sociologia da arte, a sociologia da medicina, a sociologia militar. A sua coerência só se pode garantir ainda por meio de uma teoria dos sistemas sociais, que inclui uma teoria da diferenciação sistêmica.

Em outras palavras, "a autopoiese significa a autoprodução de princípios, de cláusulas ou de regras, ou seja, das unidades básicas dos sistemas que dão início à produção dos movimentos subsequentes: sem o desencadeamento do movimento inicial de natureza autopoiética não poderia articular o conjunto dos outros movimentos que caracterizam o sistema".

No caso específico do sistema legal, este retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional, moral etc.

Para ROCHA (2009, p. 14) "a modernidade se relaciona, nessa ótica, com uma reflexão que jamais consegue conciliar dois projetos simultâneos: de um lado, a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social, e, de outro, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada, e o mundo, irrepresentável".

Como consequência desse novo (re)ordenamento, para Luhmann (1985, p. 45) surgiu a complexidade: quando tem mais de uma possibilidade de escolha. E, uma forma de reduzir a complexidade é o Direito.

Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.

Nessa perspectiva, devido aos métodos de investigação usados nas ciências sociais, surgiram novas formas de observação do Direito e da cultura jurídica no século XXI.

Segundo ROCHA (2009, p. 18) "essa observação diferenciada está sendo chamada de teoria autopoiética […]. Porém, em grandes linhas, a ideia básica é, realmente, a partir de uma observação autopoiética, fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas como o Direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI."

No contexto do Direito, este opera a sistemática: Direito/não Direito.

Conforme Luhmann "Lo que se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertende al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo".

Assim, o Direito enfrenta mutações em duas ordens: uma no mundo dos fatos, do que é concreto e do que é palpável, além de ser responsável pelo cotidiano das pessoas; a outra repousa no mundo dos valores, que é a razão de ser, o espírito e o ânimo de um dado momento e reproduzido pelo legislador.

O primeiro é quantitativo (o Direito externo/não-direito) e o outro é qualitativo (o Direito interno).

A fim de melhor elucidar, dentro da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, MATHIS(SANTOS (2014, p. 15) estabelece a sociedade moderna como sistema de diferenciação funcional:

UNILASALLE CANOAS-RS

> Na sociedade global, interpretada como sistema mais amplo de comunicações, diferenciação do sistema significa também, diferenciação da comunicação. Os subsistemas se diferenciam através da elaboração de uma estrutura própria para sua comunicação, usando para isso aquisições específicas da evolução: meios de comunicação simbolicamente generalizados e códigos binários. Podemos enumerar alguns sistemas funcionais e seus códigos binários:
> − a política que usa o código binário poder/não-poder ou governar/não-governar;
> − a ciência com o código binário verdade/não-verdade,
> − a economia com o código binário pagar/não-pagar ou propriedade/não-propriedade,
> − a arte com o código binário bonito/feio ou
> − direito com o código binário lícito/ilícito.

O estudo dos sistemas sociais visa se debruçar sobre as transformações do mundo atual, o processo de crise e as consequências advindas delas. Acentua a ideia de que vivemos em um mundo cada vez mais reflexivo, que estimula a crítica ativa e autoconfrontação.

2.2 Fechamento sistêmico e a Politização do não-político

Para explicar e contextualizar o "processo de politização da sociedade", Canotilho (2006, p. 317) elenca dois modelos:

> ou entendemos a sociedade como um conjunto de sistemas funcionalmente diferenciados (o sistema político, o sistema econômico, o sistema de investigação, etc) ou compreendemos a sociedade como uma sociedade marcadamente política. No primeiro modelo, a democracia é a forma de autodescrição do sistema político, é a forma em que o sistema político se organiza a si próprio. No segundo modelo, a sociedade é uma sociedade fundamentalmente politizada porque nela tudo é política, tudo é concebível como conflito de interesses carecido de decisão, tudo é politicamente aberto, tudo permite a qualquer indivíduo a inclusão política.

No que concerne ao sistema político em particular, a ideia de fechamento sistêmico parece facil de conciliar com a circunstância de ser, em grande medida, condicionado por influências provenientes de outros sistemas, como o jurídico, das estruturas economicas e de fatores sociais.

Algo muito frequente nas sociedades modernas são as pesquisas de opinião pública, feitas com o intuito de averiguar o grau de aprovação social de um governo (legitimidade).

Conforme pesquisa IBOPE, a maioria dos manifestantes de junho de 2013 dizia não se sentir representada por partido (89%) ou político brasileiro (83%), ou seja - apartidários.

O sistema político (e o direito) entrou em autopoiese (partidário/não-partidário; governo/oposição)?

Esse acoplamento estrutural fica mais nítido quando se reconhece, por exemplo, o direito de manifestar (governo/oposição).

Acrescenta Arnaud (2000, p. 167) que "o fechamento sistêmico não significa que o sistema jurídico seja um sistema isolado. Bem ao contrário, o sistema jurídico opera em seu meio e, como resultado disso, a questão que se põe é saber como esse meio exerce influência sobre o funcionamento interno do próprio sistema, e como é possível conhecer as consequências dessa relação com o meio, ao trata-se da própria reprodução do sistema."

Conforme Rafael Simioni (2012. p. 90):

UNILASALLE CANOAS

> todos os sistemas sociais autopoiéticos como o Direito disponibilizam um código que garante a identidade do sistema (fechamento operacional) e um conjunto de programas decisórios que garantem a abertura do sistema aos eventos do ambiente. O código do direito é a diferença entre direito e não direito, e os seus programas decisórios são as normas jurídicas, que cristalizam expectativas sociais normativas (leis, precedentes, doutrinas, princípios, convenções etc). A decisão jurídica mantém a sua identidade na medida em que ela faz referência ao código/programa do sistema direito.

2.3 Singular paradigma da sociologia (e do Direito) moderna: os novos movimentos sociais e o ativismo digital

Ao se debruçar profundamente sobre os movimentos sociais ocorridos após a crise financeira de 2008 (Primavera árabe, Movimento Los Indignados e Occupy Wall Street), o sociólogo espanhol Manuel Castells buscou em sua obra "Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet" compreender as novas formas de manifestações sociais e a sua relação com a internet.

Para tanto, o escritor espanhol acredita que a tecnologia (internet) consiste numa ferramenta construída para atender demandas sociais, econômicas e culturais.

Diante disso, os últimos 20 anos assistiram a construção de veículos de comunicação de massas horizontais, o que consequentemente permitiu ao indivíduo construir redes de interação virtual e troca de informações.

Para explicar e contextualizar a mudança do perfil dos militantes no últimos anos, Maria da Glória Gohn (1997, 340) afirma que:

> Nos anos 60, 70 e 80 os militantes não dissociavam sua vida particular da atuação nos movimentos, e estes eram associados à política. A militância esteve a inflamada pela paixão: paixão pela política, sendo Gramsci o grande teórico a alimentar a crença daquela paixão. A paixão levava ao engajavam em causas coletivas que exigiam grande disponibilidade de tempo, um quase total despojamento dos desejos e vontades pessoais e uma entrega quase completa às causas que eram definidas e estruturadas para os movimentos. O cotidiano do militante era portanto bastante contraditório: de um lado inflamado pela paixão, de outro permeado por alto grau de racionalismo expresso na execução de tarefas cotidianas. Nos anos 90, os antigos militantes envelheram, ou cansaram-se dirigentes de organizações, parlamentares etc. E não se formaram novos quadros de militantes. Os poucos novos que surgiram passaram a atuar de forma radicalmente diferente. O slogan "o importante é ser feliz" é bastante ilustrativo. Ninguém quer mais sobrepor os interesses do movimento aos de sua vida pessoal, particular. A militância passou a ser mais seletiva e qualitativa. A militância quantitativa - que dava visibilidade aos movimentos nas ruas, na mídia etc. - reduziu-se consideravelmente ou simplesmente desapareceu. Estamos apenas constatando as novas opções dos mais jovens. Usualmente, nos anos 90 se participa de causas coletivas quando estas causas têm a ver com o mundo vivido pelas pessoas, e não porque esteja motivadas pelas ideologias que fundamentam aquelas causas. Os militantes olham mais para dentro de si próprios. Deixam a paixão pelo coletivo em segundo plano e buscam suas próprias paixões.

Em análise sobre os movimentos sociais e o comportamento coletivo sob a ótica do funcionalismo - a partir da análise da teoria estrutural-funcionalista, Gohn (1997, 39) destaca que para "Parsons existem quatro dimensões básicas dos sistemas de ação: adaptação, consecução de metas, latência ou manutenção de padrão e integração, cada uma desempenhando uma função estrutural na sociedade. Curiosamente, o desenvolvimento do sistema de ação social parsoniano não leva ao desenvolvimento do ator ou agente de ação, mas ao do sistema social, por meio do desenvolvimento das ações individuais, ou seja, pelos papéis de status que aqueles indivíduos passam a desempenhar."

Já segundo JACOBI (2007, p. 316-317):

> Os motivos que permitem o avanço do que se convencionou chamar de movimentos sociais transnacionais organizados em redes estão associados às mudanças organizacionais, políticas e tecnológicas, o que pode ser observado pela perda da capacidade dos Estados nacionais em restringir e estruturar ação coletiva, pelo surgimento de uma rede de comunicação social global e pelas oportunidades políticas nacionais que ampliam as questões ao nível das oportunidades transnacionais. Observa-se uma crescente globalização não só das agendas de muitos movimentos, mas também das formas de luta, notadamente a partir da incorporação das novas tecnologias da informação. Isto possibilita a formação de networks locais, nacionais e transnacionais.

3 NOVO MOMENTO HISTÓRICO: AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL

Na obra As Regras do Método Sociológico, Émile Durkheim (1984, p.11) estabelece sua metodologia de análise e define o fato social como objeto de estudo da sociologia, ressaltando o papel dessa ciência na sociedade contemporânea e na relação entre indivíduo e sociedade.

Entende que a consciência coletiva se torna fora do indivíduo, possuindo poder de coagir as consequências individuais.

Neste sentido, é significativa a noção do fato social (consciência coletiva) elaborada por Durkheim (1984, p.11):

> É fato social toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o individuo uma coerção exterior; ou então ainda, que é igual na extensão de uma sociedade dada, aparentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.

Existem diversas formas de se determinar um fato social, e uma delas é por meio da análise empírica.

O fato social, conforme Emile Durkheim, deve representar "um certo estado de espírito coletivo".

Algo muito frequente nas sociedades modernas são as pesquisas de opinião pública, feitas com o intuito de averiguar o grau de aprovação de políticas sociais de um governo (legitimidade).

Com o objetivo de levantar informações sobre a diversidade de matizes ideológicas e o perfil dos participantes das manifestações que aconteceram no Brasil, o IBOPE Inteligência ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de junho de 2013.

Na pesquisa, a maioria dos manifestantes dizia não se sentir representada por partido (89%) ou político brasileiro (83%). Entre os entrevistados, 96% alegaram não ser filiados a nenhum partido político e 86% não eram filiados a nenhum sindicato, entidade de classe ou entidade estudantil.

Quando questionados sobre quais as reivindicações que os levaram às ruas, 38% dos entrevistados apontaram a questão do transporte público como primeiro motivo de mobilização.

Este fenômeno social representou o ceticismo em relação às instituições partidárias.

Em meio a esses fatos, houve emprego de Forças Policiais durante as manifestações de junho de 2013, mas também constata que, à medida que os protestos se intensificaram, saques e episódios de vandalismo também aumentaram, embora a grande maioria das pessoas nas ruas fosse pacífica.

A ação desproporcional das polícias militares, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, “virou” a opinião predominante na opinião pública, refletida na imprensa.

As manifestações de junho de 2013, grande parte delas protagonizadas por jovens estudantes, nasceram nas redes sociais. Os fatos que desencadearam esses protestos são variáveis e (re)questionaram o sistema político e a representatividade partidária.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2013), renomado autor de estudos sobre emancipação social, direitos coletivos e democracia participativa, as manifestações populares ocorridas no Brasil em junho de 2013 marcaram um novo cenário histórico do país, devido a sua originalidade quanto à diversidade ideológica, a multiplicidade de interesses antagônicos dos diversos grupos sociais participantes e um movimento de bandeira antipartidarista.

Acrescenta o sociólogo português que a onda de indignação que tomou as ruas do país tem como “pano de fundo” as mudanças vividas pela sociedade brasileira nas últimas décadas e a classe média, afirma, cresceu e com ela as demandas dos cidadãos por melhores serviços públicos ganharam força.

Destarte, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (art. 5, inc. XVI, da Constituição Federal de 1988).

Para ROCHA (2009. p. 19)

> a sociedade criou, autoproduziu, comunicações; pode-se-ia dizer, em uma outra perspectiva, linguagens ou modelos, mas prefere-se dizer que surgiram sistemas. Sistemas que ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado.

No caso específico do sistema legal, este retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político (governo/oposição), econômico (pagar/não-pagar, etc).

3. METODOLOGIA

A investigação será realizada mediante pesquisa bibliográfica e empírica (documental e questionários).

Para analisar este evento inesperado, demandará a elaboração de 100 (cem) questionários junto aos manifestantes das jornadas de junho de 2013,com 10 a 15 questões; apresentação da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal/STF sobre o direito à livre manifestação; e apresentação da pesquisa do IBOPE Inteligência que ouviu 2002 pessoas, em oito capitais brasileiras, durante os protestos de junho de 2013.

A metodologia adotada visa comprovar o funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann, em particular a análise autopoiética de sua teoria dos sistemas sociais.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Busca-se com o trabalho a ser apresentado uma resposta baseada em dados empíricos, quanto ao uso da Internet no Brasil e os reflexos nos novos movimentos sociais. As discussões serão: (a) estudar os fatores que desencadearam esses protestos; (b) verificar se houve descrédito, politização ou despolitização em relação às instituições partidárias; (c) como os sistemas (direito e político) reduzem a complexidade e a contingência; (d) como os sistemas (direito e político) entraram em autopoiese (partidário/não-partidário; lícito/ilícito; governo/oposição); (e) como surgem as decisões políticas e jurídicas de mais influência sobre as vidas cotidianas; (f) como surgem as esferas informais de poder (politização do não-político); (g) como o direito pode lidar com os novos movimentos sociais enquanto realidade social.

UNILASALLE CANOAS-RS

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é polêmico e atual, pois envolvem reflexões sobre as manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013, grande parte delas protagonizadas por jovens estudantes, que vieram (re)questionar o sistema jurídico-partidário (governo/oposição).

O estudo dos sistemas sociais de Luhmann visa se debruçar sobre as transformações do mundo atual, como se reduz o processo de crise e as consequências advindas delas.

Em meio a essas reflexões, acentua a ideia de que vivemos em um mundo cada vez mais reflexivo, que estimula a crítica ativa e autoconfrontação.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Feriñas. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Globalização e direito. Impactos nacionais regionais e transnacionais. 2. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005.

CASTELLS, Manuel. Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2013.

_____ A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Interpretação do direito e movimentos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. GLU: Glossario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação:rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNÁNDEZ TORRES, María Jesús. Movimientos sociales y acción colectiva: pasado y presente Pamplona: EUNSA, 2015.

GALLIANO, Guilherme. Introdução à Sociologia. São Paulo:Harper & Row do Brasil, 1981.

GIDDENS, LASH, SCOTT. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele Salida Rizek. São Paulo: Editora da UNESP, 2012.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____ Artigo: A Sociedade Brasileira em Movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais. Caderno CRH, Salvador, v. 27, n. 71, p. 431-441, Maio/Ago. 2014.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 74-84, jan./jun., 2015.

- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- JACOBI, P. & MONTEIRO, F. (2007). Redes sociais. In: FERRARO Jr. L.A (org.). Encontros e caminhos – Vol.12: Formação de educadoras (es) ambientais e coletivos educadores. Brasília: MMA/Departamento Educação Ambiental, p. 315-321.

- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Trad. Gustavo Bayer. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____ La sociedad de la sociedade. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Editorial Herder, 2006.

_____ El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

_____ Confianza. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago do Chile: Instituto de Sociologia da Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

_____ Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 138 p., 1997a

UNILASALLE CANOAS-RS

_____ A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997b, 111 p.

_____ ¿Qué es comunicación?, Revista Talón de Aquiles, Nº 1, 1995, pp. 7-11 Disponível em http://conocimientoysociedad.blogspot.com. Acesso em: 01 de março de 2016.

_____ (1987) La Diferenciación Evolutiva Entre Sociedad e Interacción. Disponível em http://www.ual.edu.mx/Biblioteca/Teoria%20Social%20IV/Pdf/Unidad_04.pdf. Acesso em: 01 de março de 2016.

_____ Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, 414p.

_____ O enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Seqüência, Revista nº 28, Jun/1994.

_____[1995]. Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010

MATHIS, Armin. O Conceito de Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: Portal da Revista Iberoamericana de Comunicación. Disponível na URL: http://www.infoamerica., p. 15. Acesso em: 01 de março de 2016.

_____Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasilia. UNB, 1980.

NAFARRETE, Javier Torres y PADILLA, Guilhermo Zermeño: Entrevista a Niklas Luhmann, Estudios Sociológicos X: 30, 1992, p. 789-806.

NEVES, Clarissa E.B. Niklas Luhmann e sua obra. In: LUHMANN, Niklas. A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, 111 p.

NEVES, Clarissa, NEVES, Fabricio. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 15, , p. 182-207, jan/jun 2006.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SANTOS, José Manuel (org.). O pensamento de Nikla Luhmann. Covilhã/Portugal: Universidade da Beira Interior, 2005.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

SCHWARTZ, Germano; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). O direito e as ações políticas: a juridicização das esferas sociais e seus policontextos jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____ Direito e rock: o Rock e as expectativas normativas da constituição de 1988 e junho de 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. Disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx. Acesso em: 01 de março de 2016. 75% dos brasileiros são favoráveis às manifestações públicas. CNT-IBOPE. BRASIL . IBOPE Inteligência. Pesquisa de Opinião Pública sobre as manifestações: JOB0948/2013. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-

CANOAS-RS

br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf>. Acesso em: 01 de março de 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – ARTE E DIREITO

CANOAS, 2016.

A POSSIBILIDADE DA LEITURA DO DIREITO PELA ARTE: A INTERSECÇÃO DO FILME "CAVALO DE GUERRA" COM A MEDIAÇÃO

Caroline Oliveira Pacheco[1]
Claudia Gay Barbedo[2]
Luciana Aranalde[3]
Simone Schroeder[4]

RESUMO: Analisar o filme "Cavalo de Guerra" e examinar a sua intersecção com a mediação é um desafio à leitura do direito pela arte. Para tanto se propõe a trabalhar os referenciais teóricos de Eligio Resta e William Ury com a finalidade de tratar a amizade como cimento social e quebrar o círculo vicioso da ação e reação para condicionar as mentes a não reagir, mesmo numa situação de guerra, como opção de dar tratamento adequado ao conflito. Quanto aos objetivos, a pesquisa em tela classifica-se como exploratória voltada a aprofundar conhecimentos, esclarecer ou modificar noções, ideias e conceitos, com o escopo de facilitar a compreensão para posteriores aprofundamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Arte. Filme "Cavalo de Guerra". Mediação.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade da leitura do direito pela arte numa intersecção do filme "Cavalo de Guerra" com a mediação traz uma inovação ao ensino e aprendizagem. Uma vez que propõe outra cultura que vai além da tradicional, ao demonstrar como a arte é uma das formas de compreensão da realidade, inclusive a jurídica, o que contribui com a educação de qualidade para discentes, docentes e profissionais.

Todo o litígio ou disputa possui na sua origem um conflito, ou seja, um estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais. Em princípio, o conflito espelha um clima de oposição ou hostilidade, possuindo, em regra, uma carga negativa e destrutiva, de que o exemplo último é a guerra. Mas o conflito também pode ter uma dimensão positiva, no sentido de que contém a dinâmica que leva à mudança e ao avanço da sociedade e da civilização. Dessa forma, é possível perceber o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos, vislumbrando-se sua dimensão positiva. (AZEVEDO, 2015, p.47 e 49).

E nesse aspecto é importante a mensagem trazida pelo conflito da Primeira Guerra Mundial, retratado parcialmente no filme do diretor Steven Spielberg "Cavalo de Guerra". No qual é ressuscitado o momento conhecido como Trégua de Natal.

2 O PARADIGMA DA CULTURA DO LITÍGIO PARA A CULTURA DA PACIFICAÇÃO

É sabido que a Primeira Guerra Mundial marcou profundamente a sociedade. Por ser um evento que direta ou indiretamente mobilizou forças em nível mundial como nunca antes, suas proporções também foram muito mais devastadoras e atingiram um número muito maior de seres humanos.

O filme em questão apresenta um dos momentos mais singulares da guerra, quando soldados das nações inimigas em conflito fazem uma trégua, para celebrar a noite de Natal. A chamada Trégua

1 Mestranda em Direito Humanos pela UniRitter, carolineoliveirapacheco@gmail.com
2 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, claugb@terra.com.br
3 Mestra em Direito Processual Civil pela PUCRS, luciana@aranaldeadvocacia.com.br
4 Mestre em Direito pela PUCRS, schroeder02@gmail.com

de Natal ficou conhecida por ter sido um movimento espontâneo de armistício informal ocorrido ao longo da Frente Ocidental no Natal de 1914, durante a Primeira Guerra Mundial. Durante a semana que antecedeu o Natal, soldados alemães e britânicos trocaram saudações festivas e canções entre suas trincheiras; na ocasião, a tensão foi reduzida a ponto de os indivíduos entregarem presentes a seus inimigos. Na véspera de Natal e no Dia de Natal, muitos soldados de ambos os lados – bem como, unidades francesas ainda que em menor número – se aventuraram na *terra de ninguém* (a faixa de terra entre trincheiras alemãs, britânicas e francesas), onde se encontraram, trocaram alimentos e presentes, e entoaram cantos natalinos ao longo de diversos encontros. As tropas de ambos os lados também foram amigáveis o suficiente para jogarem partidas de futebol. (NATIONAL GEOGRAPHIC, 2016).

A película, embora ambientada no período de 1914 a 1918, conta a saga de Joey, um cavalo que desde o primeiro momento de vida, é observado e amado pelo jovem Albert Narracott, um humilde filho de agricultor da Inglaterra pré Primeira Guerra Mundial. Após adquirir o animal em um leilão feito na base do orgulho e inimizade entre senhorio e locatário, o pai de Albert, Ted, acaba arrematando o animal apenas por capricho, uma vez que ele não queria perder a aposta de compra para Lyons, o homem de quem ele aluga a casa e as terras de onde tira sua subsistência. (ADORO CINEMA, 2016).

Em verdade, o animal é um pretexto para se tocar questões como as ligações que estabelecemos na vida, o impacto dos outros no nosso percurso, a vontade de não desistir e o potencial destruidor (mas também construtor) da guerra. O destino do animal passa por diferentes mãos, diferentes soldados e esta rotatividade existe exclusivamente para abordar todos os lados do histórico conflito.

Com a ligação de tantos personagens através de Joey, "Cavalo de Guerra" apresenta os resultados danosos do conflito e contra ele protesta. Na melhor sequência do filme, dois soldados inimigos se unem na terra de ninguém para removerem os arames farpados envoltos no cavalo Joey. Trata-se de uma clara apresentação da quão desnecessária era a batalha e que é possível esquecer as diferenças quando há boas intenções. (ADORO CINEMA, 2016).

O que o direito pode extrair a partir do filme analisado: nem todos os conflitos necessariamente precisam se converter em litígios ou disputas, ou exigem a intervenção de um terceiro que os ajude a resolver. Ou seja, nem sempre um conflito irá se transformar em objeto de litígio. Isso porque, de início, qualquer das partes envolvidas no conflito podem não reconhecer o conflito como tal; não assumir uma posição conflituosa ou sequer ter consciência do conflito.

Podem, ainda, identificar o conflito e optar pela não confrontação ou adotar uma atitude de resignação. Ou as partes podem tentar resolver por si próprias sem que haja espaço para a intervenção de um terceiro facilitador do diálogo. Apenas quando os conflitos são formalmente assumidos e exigem a intervenção de qualquer instância para pacificá-los (seja essa instância privada, seja judicial, seja autocompositiva, seja heterocompositiva, mas com a intervenção de um terceiro) é que se pode falar em instauração de um litígio.

Quando o litígio já está apresentado, deve-se perquirir qual o meio de resolução mais adequado em face de sua natureza e nesse aspecto alguns fatores devem ser considerados: quais os meios disponíveis de resolução de conflitos, qual a cultura daquela comunidade e suas características sócio-jurídicas. Esse é o ponto chave: quais os sistemas adotados para resolução de conflitos dentro de certas comunidades, analisando-se sua cultura jurídica contemporânea.

Em razão da atual realidade brasileira, em face do abarrotamento do Poder Judiciário e do alto índice de insatisfação do usuário do sistema judicial, outros métodos adequados de resolução de conflitos têm ganhado espaço na doutrina e também no próprio espectro do judiciário. Alguns contrários à disseminação da cultura de pacificação dos litígios através da adoção de métodos adequados de resolução de conflitos, um dos exemplos é a mediação, sustentam que advogar por essas práticas acabaria por incitar a ideia de que o sistema judicial não tem credibilidade ou ainda que tais

métodos, quando adotados, não seriam legítimos porque não contam com a autoridade e o rigor jurídico dos tribunais além do que, em alguns casos como nas lides trabalhistas, por exemplo, poderiam ignorar a desigualdade existente entre os litigantes.

Isto é, os que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades próprias de um sistema organizado sob a lógica adversarial. Os profissionais do direito, por sua formação, tendem a aplicar técnicas excessivamente persuasivas, que comprometem a qualidade dos acordos obtidos, na medida em que não atendem às necessidades dos usuários do sistema. Nesse sentido, para o sistema operar com eficiência, é preciso que as instâncias judiciárias, em complementaridade à prestação jurisdicional, fomentem políticas públicas voltadas à pacificação e coesão sociais, o que implica o fornecimento de serviços direcionados à construção do consenso.

O direito tem o papel de estimular a formulação de políticas públicas ao Sistema Judiciário que pretendam enfrentar o déficit de consenso e promover a coesão social. Trata-se de um esboço de um sistema que contempla múltiplas portas de acesso ao Judiciário, pelo qual os cidadãos possam escolher meios de resolução de conflitos que pacifiquem as suas relações sociais e atendam às suas necessidades e aos seus interesses.

Ora, caso haja maior oferta de meios alternativos de resolução de conflitos, as instâncias judiciais poderiam se ocupar apenas de causas mais complexas e juridicamente mais exigentes, o que aumentaria a qualidade da própria prestação jurisdicional. Diz-se isso porque iria reforçar o papel de pacificador social que deve ser desempenhado pelos tribunais.

Os princípios da celeridade, informalidade, menor custo, consideração dos interesses e sentimentos das partes visam buscar uma solução em que todos os lados ganham e ainda são características adequadas para a resolução de alguns litígios em particular (familiares, laborais, de consumo, ambientais, comerciais ou de vizinhança), onde existe uma forte presença da componente de bem-estar pessoal ou comunitário. Estes componentes estão quase sempre associados a uma rede de relações humanas de extrema complexidade ou de grande proximidade que habitualmente se pretende preservar, o que nem sempre é possível no quadro de uma solução judicial que tem por base um processo de natureza adversarial e onde a decisão é, em regra, do tipo ganha-perde. (FRADE, 2012).

O exemplo da Primeira Guerra Mundial é sintomático da chamada espiral do conflito e das dimensões gigantescas que podem ganhar, com prejuízos imprevisíveis para todos os envolvidos. A lógica do ganha-perde, adotada na guerra, devastou a Europa e mudou o mapa geográfico do continente. Os confrontos foram longos, muito maiores do que os países esperavam e se prepararam economicamente. Quase toda a Europa ocidental se envolveu no conflito, o que levou ao redesenho do continente.

A guerra tem sempre um único objetivo: a destruição total do inimigo, o que é ruim para os dois lados, para o derrotado e o ganhador. A cultura da pacificação trabalha com outra lógica: o ganha-ganha. Para Fabiana Marion Spengler (2010, p.294-295):

> O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, determinou o surgimento de outras práticas de tratamento de conflitos de modo responsável – por indivíduos, organização e comunidades –, possibilitando o diálogo e promovendo uma mudança de paradigmas. Essas práticas se conduzem em caminho diverso daquele até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a 'ganhar' ou 'perder'. Essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a opção de 'ganhar conjuntamente', construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado.

A lógica do ganha-ganha parte do pressuposto da cooperação entre as partes e não da competição. A chamada Teoria dos Jogos (estudada em profundidade por matemáticos norte-americanos) afirma que um jogador baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada do seu

adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias das possibilidades de jogo do oponente. Ou seja, a ideia de maximizar ganhos sempre partiria da noção de competição e não de cooperação. Contudo foi o matemático John Forbes Nash, através do conceito de Equilíbrio, que inseriu a ideia de cooperação na Teoria dos Jogos e revolucionou o conceito: a cooperação entre os jogadores não é totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, sendo possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Porém, John Nasch fez mais: ao invés de introduzir somente o elemento cooperativo, apresentou dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo. "Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham". (AZEVEDO, 2015, p.60). William Ury (2015, p.110) diz que:

> O segredo para encontrar soluções ganha-ganha-ganha que sirvam para todos é mudar a abordagem do jogo de *tomar* para *dar*. *Tomar* é conseguir resultados apenas para si mesmo, ao passo que *dar* é criar valor também para os outros, não apenas para si mesmo. Se *tomar* é, basicamente, um *não* aos outros, dar é um *sim* a todos. Dar constitui o âmago da cooperação, um comportamento que emerge de nosso interior como uma atitude-padrão em relação aos demais. Quase todos somos doadores em certos contextos, como quando estamos com a família, com amigos e colegas mais próximos. Mas como fazer para cultivar a atitude de doação e de cooperação com quem não é tão próximo ou mesmo com aqueles com quem estamos em conflito? Este é o desafio.

E o autor William Ury (2015, p.111) ainda refere que:

> Sendo assim, como fazer para fortalecer a generosidade em nossas negociações? Vale observar que todos os passos anteriores para chegar ao sim com você mesmo levam a esse ponto. Se sentimos dentro de nós um senso de satisfação e de suficiência, fica mais fácil doar aos que nos cercam, mesmo quando essas pessoas são difíceis. Depois de atender às nossas necessidades mais profundas, fica mais fácil atender às necessidades dos outros. E, quando respeitamos os outros, já estamos adotando, sob certo aspecto, uma atitude de doação. O medo da escassez, no entanto, pode ser muito forte. Para cultivar a generosidade, é útil enraizar esse comportamento em nosso interesse, em nosso prazer e em nosso propósito. Em outras palavras, doar para o ganho mútuo, doar pela alegria e pelo significado, e doar o que se tem para doar.

Tem-se então, que o exercício de saber dar e receber é o desafio para que se possa oferecer efetividade à cooperação entre as partes envolvidas num conflito. Parte-se da ideia de "Iniciar uma negociação concentrando-se no que poderiam doar um ao outro, em vez do que poderiam tomar [...]" (URY, 2015, p. 125). Isso propicia a mudança de paradigma da cultura do litígio para a cultura da pacificação, a qual pressupõe resultados aumentados a partir do momento que se fizer o melhor para si e para o grupo, no qual se atua.

Segundo Luis Alberto Warat (2004, p. 20-21), o fenômeno real da transformação de um conflito em uma mudança construtiva passa por uma nova existência a ser percebida internamente na essência do próprio ser humano. Para tanto, faz-se necessário empoderar nossa própria vida, pois, não se pode refutar a dificuldade que é crescer, viver, amar, negociar, vincular-se, diante da imensidão de saber que se tem vontade de abandonar relações conflituosas, ao invés de enfrentá-las. No entanto, é natural que diante do novo tenha-se angústia, mas é possível reconhecer-se individualmente com a finalidade de estar "consigo mesmo".

3 O DILEMA DO COMBATENTE ENTRE COMPETIR E COOPERAR

A arte representada no filme "Cavalo de Guerra" mostrar que nos dilemas mais difíceis, existe a possibilidade de se encontrar novos caminhos à cooperação, mesmo sob os mais diversos riscos. É sabido que as pessoas, em geral, não são estimuladas a interagir de forma cooperativa. André Gomma de Azevedo (2015, p.66-67) explica que:

> Como regra, tanto mediadores, como partes e advogados não foram estimulados, ainda na infância, a interagirem de forma cooperativa. Pelo contrário, o estímulo como regra direciona-se à competição – até mesmo brincadeiras pedagógicas de matemática ou português são feitas de forma a estimular o aprendizado por meio da competição – *e.g.* turma A contra turma B; escola A contra escola B; meninas contra meninos, entre outros. De igual forma, o entretenimento raramente ocorre de forma cooperativa: futebol, basquete, vôlei, natação e as principais atividades recreativas são conduzidas de forma competitiva. Como raros exemplos de jogos cooperativos citam-se frescobol e *freesbee.*
>
> Possivelmente isso explique por que na experiência de Flood-Dresher o Prof. Alchian presumiu tratar-se de uma dinâmica competitiva e, em razão desta presunção adotou práticas não colaborativas. Destaca-se que como conseqüência desta presunção, esse teve ganhos menores do que poderia se tivesse adotado uma orientação mais cooperativa. O paralelo feito acima com um divórcio produz resultados semelhantes quanto ao dilema colaborar/competir: ao presumirem que se encontram em uma dinâmica competitiva os divorciandos passam a agir de forma não colaborativa e por conseguinte têm resultados individuais muito inferiores aos que poderiam obter se adotassem postura cooperativa. Naturalmente, a compreensão do equilíbrio de Nash em relações continuadas pressupõe a racionalidade dos interessados. Especificamente, na mediação as partes são estimuladas a ponderarem (ou racionalizarem) sobre suas opções e estratégias de otimização de ganho individual.
>
> Merece registro que em relações não continuadas o equilíbrio de Nash consiste na não cooperação (ou competição). Exemplificativamente, em um caso de naufrágio em que há apenas um local vago no barco salva-vidas a solução que poderá maximizar o ganho individual dos envolvidos consiste na competição pela vaga. Naturalmente, faz-se essa análise exclusivamente pelo prisma de raciocínio matemático. De igual forma, se o exercício Flood-Dresher tivesse apenas uma rodada a solução conceitual seria pela não cooperação.

Na guerra retratada no filme houve um momento do recuo, de reflexão e da solidariedade na situação em que o cavalo soltou-se e enredou-se em arames farpados. Ao ver aquela situação, observada pelos adversários em guerra e na possibilidade de proteger o cavalo ferido, um dos soldados levanta a bandeira branca, grita enaltecendo *que está ali em momento de paz*, pois a bandeira levantada simboliza uma parada, como eco do silêncio, imerso no barulho aturdido pela guerra, para salvar o cavalo.

O adversário, atento aos passos de seu inimigo, observa e oferece um alicate para auxiliá-lo com o objetivo de retirar o arame que envolvia o animal, que ali, sofria. Os soldados aproximam-se e, no curto espaço de tempo, firmam um diálogo ao conversar como procederiam para salvar o cavalo, e criam mecanismos para evitar que os ferimentos pudessem se agravar. Os dois, adversários de guerra, ajoelhados diante do animal ferido, conversam amenidades, falam das angústias da guerra, mas no espaço de tempo que possuem, solidarizam-se e no final disputam o cavalo com o jogo do ganha-perde, através de uma moeda e, por derradeiro, dão-se as mãos, cumprimentam-se e desejam sorte para que o amigo sobrevivesse à guerra.

A partir desse relato, evidencia-se o dilema do combatente; a destruição do inimigo e de si próprio na esperança de salvar-se ou a possibilidade de arriscar-se na construção da colaboração? Segundo Eligio Resta (2004, p.42) a guerra, além de ativar sentimentos, "mede a história individual e coletiva, construindo uma representação do tempo", bem como "destrói qualquer distância de segurança entre o ator e observador". Ainda, refere o autor "é evento que constrói memória porque

impõe mudanças nas nossas posturas sobre questões como a vida e a morte e que pronuncia o 'fim do sonho' de uma existência coletiva pacífica". No filme, verifica-se as duas vertentes: a pacificação dentro do conflito no espaço da solidariedade e o apelo ao conflito, com a promessa de combatê-lo.

Assim, parte-se de um dilema do combatente em mover-se no jogo do combate, em todos os sentidos, que a guerra revira qualquer ordem, trazendo consigo novos horrores; deixando-o confuso, impedindo de reconhecer a diferença entre o estrangeiro e o inimigo e, de outra parte; recuar e poder arriscar-se buscando a colaboração, mesmo em conflito. Derrick de Kerckhove (1997, p.111) assevera que "a crise é o momento da mudança", na maioria das vezes, percebe-se que tanto os pensamentos desaparecem quanto as ideias nos abandonam, de maneira a nos deixarem estáticos, paralisados, completamente engessados. Entretanto, é frequente, nesse momento de intensidade surgir à inovação. A inovação para transformar o combate em colaboração, mesmo que seja por um curto espaço de tempo.

Sigmund Freud ao escrever uma carta a Albert Einstein referia que o homem tem direito a viver a sua própria vida, porque a guerra destrói vidas humanas carregadas de promessas, coloca o indivíduo em situações que desonra, força-o a matar o seu semelhante contra a sua vontade, destrói preciosos bens materiais, produtos da atividade humana, etc. A isto acrescerá que a guerra na sua forma atual já não proporciona qualquer ocasião para manifestação do antigo ideal do heroísmo, e que a guerra do futuro, na sequência do aperfeiçoamento dos equipamentos de destruição, equivalerá ao extermínio de um dos adversários ou quiça dos dois. (EINSTEIN; FREUD, 2007).

Sigmund Freud concluiu, ainda, que as guerras "serão evitadas com certeza se a humanidade se unir para estabelecer uma autoridade central a quem será conferida o direito de arbitrar todos os conflitos de interesses", ou seja, criar uma instância suprema dotada de poder. Assim, para encontrar um método indireto de combater a guerra, apresentou a teoria dos instintos humanos, criada por psicanalistas, mencionando que existem dois tipos de instintos: os que preservam/unem e os que destroem/matam. Ambos são essenciais e operam conjuntamente. Porém, não há maneira de "eliminar totalmente os impulsos agressivos do homem; pode-se tentar desviá-los num grau tal que não necessitem encontrar expressão na guerra". (EINSTEIN; FREUD, 2007, p.50-51).

Segundo, Fabiana Marion Splengler (2010, p.38):

> o litígio é paradoxal, pois aquilo que separa os litigantes é exatamente o que os aproxima, se revela como inimigo ou como aliado; hipótese diversa daquela na qual se realiza um sistema social com um terceiro, no qual se espera que o terceiro, já formalizado, decida sobre o êxito da lide.

No filme, a atitude dos combatentes representa a solidariedade de inimigos, que com o intuito da colaboração e da fraternidade resolvem salvar o cavalo. A simbologia do corpo, por meio do diálogo, demonstra o entendimento cujo terreno comum de linguagens e de ordens simbólicas, tem a mesma finalidade colaborativa, apesar da guerra. Assim, a verdade existente entre as pessoas são frutos dos diálogos, do nosso autêntico ser, enquanto que a verdade da ciência nos afasta de nós, na medida em que nos impede de duvidar das coisas, de indagar, de conversar e de correr o risco do desconhecido.

Em todo aprendizado para que haja a resolução dos problemas, a comunicação, as palavras escritas, os gestos não são os únicos a serem utilizados, existem também os pensamentos e o raciocínio e não podemos esquecer os sentimentos, tudo se comunica, tudo se completa e só assim chegaremos às descobertas. (WARAT, 2004). A propósito, as metodologias ativas de ensino e aprendizagem dão conta do aprendizado sobre mediação. Diz-se isso porque a mediação estimula todos os órgãos dos sentidos, favorecendo a retenção do conhecimento em todas as idades, uma vez que a técnica abrange formas diferenciadas de percepção auditiva, visual e cinestésica.

A fraternidade e a solidariedade são espaços continuados na mediação que podem ajudar na busca dos sentimentos, pois integra um pensamento ao outro, ao ser um espaço de aproximação como se a mão de um combatente se aliasse ao outro, que mesmo em guerra construíssem um espaço de pacificação. Dessa forma, para fazer mediação é preciso viver em harmonia com a própria interioridade.

Fabiana Marion Spengler (2010, p.318) ensina que a mediação "não deve concluir nem decidir nada, deve apenas fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação". Dessa forma, o que se vislumbra, é a teoria do encontro, trazida pelo espaço da mediação com outro caminho, também, a ser utilizada em momentos de crise porque fortalece as pessoas envolvidas no conflito para que elas mesmas se sintam capazes de resolver as suas questões, seus sentimentos e interesses, sem intervenções vindas de fora.

4 A AMIZADE COMO CIMENTO SOCIAL E QUEBRA DO CÍRCULO VICIOSO DA AÇÃO E REAÇÃO PARA CONDICIONAR AS MENTES A NÃO REAGIR

A palavra conflito, por si só, ecoa algo que precisa ser revisto, pensado, amadurecido e implica em organizar algo que nunca foi organizado ou reorganizar algo que se desorganizou. Ocorre que para dar tratamento adequado ao conflito se faz necessário pôr-se em movimento com a finalidade de abrir a via do diálogo para que se possa escutar e ser escutado. Este propósito na mediação chama-se de escuta ativa. Por isso a mediação trata-se de um espaço qualificado de escuta.

Certo é que "Todos têm uma grande necessidade de serem ouvidos e saber que os outros se importam com o que dizem. As pessoas precisam dizer o que sentem. Ouvir bem é uma habilidade importante que o mediador pode utilizar num diálogo difícil." (SPENGLER, 2016, p.63). No filme, o soldado ao pôr-se em direção à trincheira adversária já estava disposto a ouvir e ser ouvido. Dessa maneira logrou êxito em restabelecer uma comunicação que estava, até então, interrompida e a sonidos de canhões.

Para Roy Lewicki, David M. Saunders e John W. Minton (2002, p. 28) o conflito é inerente à condição humana, entendendo os autores que se trata de:

> Uma consequência em potencial das relações interdependentes é o *conflito*. O conflito pode ser devido a necessidade altamente divergentes das duas partes, um desentendimento que ocorra entre duas pessoas, ou algum outro fator intangível. Pode ocorrer um conflito quando duas partes estão trabalhando para alcançar o mesmo objetivo e geralmente querem os mesmos resultados, ou quando ambas as partes querem um acordo muito diferente. Em relação à causa do conflito, a negociação tem um papel importante na sua resolução. Já que muitas oportunidades de negociação são o resultado de um conflito [...].

Fernanda Tartuce (2015, p.4) ao debruçar-se sobre a palavra conflito chega à conclusão de que seria sinônimo de controvérsia, inclusive posicionamento adotado pela legislação nacional, referindo que:

> Na Lei de Mediação brasileira (Lei n. 13.140/2015), 'conflito' e 'controvérsia' parecem ser utilizados como sinônimos; nota-se logo no art. 1º que a lei versa sobre 'meio de solução de *controvérsias* entre particulares e sobre a autocomposição de *conflitos* no âmbito da administração pública'.
> A mesma situação se verifica, muitas vezes, no Novo CPC (Lei n. 13.105/2015). Coteje-se, por exemplo, o art. 3º, §2º ('o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos *conflitos*') e o art. 694 ("nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da *controvérsia*").
> Há que se destacar, contudo, que certos dispositivos apresentam uma acepção mais técnica de 'controvérsia', referindo-se ao vocábulo e aos seus derivados (como

> ‘controvertido’) para retratar um ponto específico abordado no processo judicial sobre a qual as partes têm diferenças de percepção e entendimento (vide arts. 66, III; 464, §3º; art, 545, §1º; 966, §2º; art. 976, I, todos do Novo CPC).

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015, p.21) refere que “O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga.” Isso porque, na maioria das vezes, o conflito é percebido de forma negativa e deixa em seu rastro expressões pesadas como a disputa, agressão, perda, guerra, entre outras. No entanto, há possibilidade de se perceber o conflito como algo positivo a indicar saídas criativas, mesmo em meio a campo minado, a exemplo do soldado no filme que levanta, em plena guerra, uma bandeira branca representada por um pano em cima da própria espada com a finalidade de fazer cessar o fogo para ir prestar socorro ao cavalo embretado no arame farpado.

Quando se olha uma pessoa como inimiga pode ser acionado o mecanismo de luta e fuga que libera a adrenalina causadora de reações, entre elas, elevação do tom de voz, irritação, raiva, descuido verbal. Ao contrário, de quando se percebe o conflito de forma positiva, momento em que o mecanismo de luta e fuga tende a não ser acionado em face da ausência de ameaça desencadeando reações tais como moderação, equilíbrio, serenidade, consciência verbal. (AZEVEDO, 2015).

Fabiana Marion Spengler (2012) defende no tratamento da conflitualidade a possibilidade de ganho para ambas as partes envolvidas no conflito e utiliza a palavra comungar para afirmar que a pessoa deve estar com o outro e não contra ele para buscar um espaço em que se possa estar mutuamente consensuada e responsabilizada. Isso possibilita trilhar uma caminhada em parceria capaz de propiciar ganhos mútuos e contemplação.

No filme é possível compreender a realidade pela arte e a partir dela pensar o direito por meio da mediação, quando se visualiza também a técnica de separar as pessoas do problema, momento em que o soldado alemão enxerga que a questão era o cavalo ilhado entre duas trincheiras e não a atitude do soldado inglês oferecer desconforto ao exército alemão ao ir em sua direção. Isso permite pensar que o outro não é, simplesmente, um inimigo, mas ele está nessa posição por circunstâncias, inclusive alheio a sua própria vontade, entendida pela fala do soldado inglês ao dizer que nunca tinha acertado um alvo. Percebe-se com isso que não se tratava o soldado inglês de um atirador de elite e que ele estava longe de ser um problema. Se o soldado alemão não conseguisse separar o soldado inglês do problema, certamente este seria fuzilado.

A cena do resgate do cavalo merece uma reflexão sobre a prática da mediação, pois, em uma trégua, foi abandonada a lógica binária do amigo/inimigo e os soldados, inglês e alemão, deixaram de ser competitivos e passaram a ser colaborativos porque naquele momento necessitava-se que os cortes dos primeiros fios de arame farpados fossem em conjunto sob pena de machucar ainda mais o animal. A despolarização do conflito concretizou-se em razão de que ambos os soldados estavam ligados pelo interesse em salvar o cavalo, houve a validação de sentimento de compaixão e tinham uma questão a organizar que era o procedimento de salvação do animal e para isso precisam conversar.

Fabiana Marion Spengler (2012, p.35) diz que:

> Durante muito tempo a humanidade conviveu com relações de amizade sólidas, com vínculos estreitos e duradouros. Nesse período não estavam positivas (até porque era desnecessário) leis e regras sobre a organização e a manutenção do liame social. A amizade era o cimento que unia e fortalecia essas relações. Ela se mantinha mediante um código binário dividido entre amigo/inimigo que era o suficiente para apontar as relações que deveriam ser tuteladas e aquelas que eram objeto de repulsa. Atualmente verificamos a permanência do jogo político que envolve o código binário amigo/inimigo, porém a amizade perdeu a capacidade de coesão e de fortalecimento dos laços sociais e foi substituída pelas leis e regras positivadas.

> Nessa linha, a amizade se distancia da esfera pública (organização e coesão social, sentido de pertencimento) e se aproxima da esfera privada (laços de parentesco e consanguíneos, vínculos inerentes às relações de trabalho e de lazer).

William Ury (2015, p.55) ainda constata que:

> Na esteira da Segunda Guerra Mundial e do evento da bomba atômica, Alberto Einsteis formulou a seguinte questão: 'O universo é um lugar amistoso?' 'Esta', declarou o cientista, 'é a primeira e a mais fundamental pergunta que todas as pessoas devem responder a si mesmas'.
> Einstein raciocinou que, se considerarmos o universo hostil, naturalmente trataremos os outros como inimigos. No nível coletivo, nos armaremos até os dentes e reagiremos à primeira provocação. Considerando as armas de destruição em massa hoje à nossa disposição, acabaremos nos destruindo, assim como a vida na Terra. Se considerarmos o universo amistoso, no entanto, a tendência será tratar mais os outros como parceiros potenciais. Nessas condições, serão maiores as possibilidades de chegarmos ao sim com os outros, começando pelos mais próximos – em casa, no trabalho e na comunidade – e depois ampliando esse escopo para toda a humanidade.

Eligio Resta (apud SPENGLER, 2012) aborda o tema amizade como cimento social possibilitador de um tratamento adequado aos conflitos. O autor trata a fraternidade como um resultado da amizade que recoloca em jogo um modelo não vencedor, mas possível. Ao conectar fraternidade e conflito os irmãos são unidos pelo que os separa que é o conflito. Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler (2011) explicam a mediação de conflitos a partir do direito fraterno por meio do referencial teórico de Eligio Resta que ao invocar os direitos humanos para retornar ao binômio constituído de direito e fraternidade propõe o regresso a um modelo convencional de direito, jurado conjuntamente entre irmãos e não imposto, mas não produzido em conluio e por isso não violento.

William L. Ury (2012, p.24) quando ensina a superar o não e a negociar com pessoas difíceis refere que:

> Se a má notícia é que você contribui para o círculo vicioso da ação e reação, a boa notícia é que você tem o poder de romper o ciclo em qualquer momento unilateralmente. Como? Não reagindo. Nas aulas de física aprendemos que 'a cada ação corresponde uma reação igual e contrária'. Entretanto, a lei de Newton aplica-se a objetos, não a mentes. *Os objetos reagem. As mentes podem optar por não reagir.*

E o William L. Ury (2012, p.25) ainda leciona que:

> Quando você se defronta com uma negociação difícil, é preciso recuar, esfriar a cabeça e a analisar a situação de maneira objetiva. Imagine-se negociando num palco e, em seguida, imagine-se subindo à galeria (ou balcão superior) do teatro, de onde se tem uma visão melhor do palco. A 'galeria' é uma metáfora para uma atitude de distanciamento. Da galeria, você pode analisar calmamente o conflito, quase como se você fosse uma terceira parte. Pode raciocinar de maneira construtiva para ambos os lados e procurar uma maneira mutuamente satisfatória de resolver o problema.

Na película pôde ser verificado que houve uma suspensão da guerra, na qual ingleses e alemães, em um modelo possível de gesto de paz reabriram a comunicação e selaram amizade para unir forças, naquele momento, condicionando suas mentes a não reagirem de forma violenta, com a finalidade de organizarem juntos o salvamento do cavalo que estava imóvel em meio a arames farpados. Ainda, é possível perceber que o comportamento produtivo de ambos os soldados, que

cooperaram muito para salvar o cavalo, acabou sendo o passaporte para o afago por meio do gesto de aperto de mãos entre eles.

O desafio do soldado inglês foi de aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem. Diz-se isso porque ele conseguiu, em pleno o conflito, dar um enfoque prospectivo ao diagnosticar o que estava acontecendo, ou seja, que aquele ser vivo que se movia era um cavalo. Após, ele pensou no que poderia ocorrer e no que poderia fazer. E depois, disse para si mesmo que iria fazer e assim adentrou em meio a campo minado em direção à trincheira dos alemães, clamando por paz para salvar o cavalo. Fabiana Marion Spengler (2012, p.95) ensina que:

> Tudo isso se dá porque para entabular um diálogo transformador e restabelecer/estabelecer a comunicação rompida ou até então inexistente é preciso se despedir dos preconceitos e da postura inflexível e olhar para o outro com um mínimo de sensibilidade e disposição para compreendê-lo.

Os soldados, inglês e alemão, conseguiram reenquadrar o panorama da guerra em paz, momento em que houve a mudança de uma atitude hostil para uma de cordialidade. Exatamente por não estar mais acionado o mecanismo de luta e fuga em face da ausência de ameaça desencadeando um comportamento moderado e equilibrado a ponto de disputarem a posse do cavalo por um jogo de moeda, ao invés de uma guerra cuja consciência de ambos era de que a mesma não se justificaria depois de vivenciarem tanta colaboração para terem um resultado aumentado no salvamento do animal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta da (re)leitura do direito pela arte é um desafio. Isso porque para compreender a realidade pela arte e a partir dela pensar o direito, precisa-se aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem. No entanto, são em momentos desafiadores que a inovação pode emergir para pensar a mediação a partir de uma experiência vivida em um filme e trabalhar a cultura de paz para reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos.

O filme Cavalo de Guerra ressuscita a Trégua de Natal experienciada durante a Primeira Guerra Mundial, onde soldados ingleses e alemães fazem uma trégua no Natal para cantar canções e até jogar um futebol. Na película também houve uma suspensão da guerra, na qual ingleses e alemães, em gesto de paz reabriram a comunicação e selaram amizade para unir forças, condicionando suas mentes a não reagirem, com a finalidade de salvar o cavalo em meio a campo minado e imóvel em razão de estar embrenhado em arames farpados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Azevedo, André Gomma de (Org). Manual de Mediação Judicial. 5.ed. Porto Alegre/RS:TJRS, 2015.

Cavalo de Guerra. Adoro Cinema. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/busca/?q=cavalo+de+guerra>. Acesso em: 26 mai. 2016.

EDMONDS, Patricia. A Trégua de Natal. National Geographic, Lisboa, n.165, dez 2014. Disponível em: <http://www.nationalgeographic.pt/index.php/ng-revista/331-a-tr%C3%A9gua-de-natal>. Acesso em: 27 mai. 2016.

EINSTEIN, Albert e FREUD, Sigmund. Porquê a guerra? Europa América: Portugal, 2007.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobre endividamento. Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 65|2003, colocado online no dia 01 Outubro 2012. Disponível em URL: <http://rccs.revues.org/1184 ; DOI : 10.4000/rccs.1184>. Acesso em: 26 mai. 2016.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de Conflitos a Partir do Direito Fraterno [recurso eletrônico]/ Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

KERCKHOVE, Derrick de. A Pele da Cultura. Traduzido por Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio D' Água, 1997.

LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David M. e MINTON, John W. Fundamentos da Negociação. Tradução Raquel Macagnan Silva. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

RESTA, Eligio. O Direito Fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SPENGER, Fabiana Marion. Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária. Ijuí: UNIJUI, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de Conflitos: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2.ed. ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODOS, 2015.

URY, William. Supero o Não: negociando com pessoas difíceis: como fechar grandes negócios transformando seu oponente em parceiro. Tradução Regina Amarante. 7.ed. Rio de Janeiro: *BestSeller*, 2012.

URY, William. Como Chegar ao Sim com Você Mesmo. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: *Sextante*, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 4.ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na Pororoca: o ofício do mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – SOCIOLOGIA DO DIREITO – FORMAÇÃO E DESAFIOS TEÓRICOS

CANOAS, 2016.

SOCIOLOGIA DA PUNIÇÃO E A CONTRIBUIÇÃO DE PIERRE BOURDIEU: REFORMULAÇÃO TEÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL PUNITIVA COMO OBJETO DE PESQUISA E SUAS IMPLICAÇÕES METODOLÓGICAS

Eduardo Gutierrez Cornelius[1]

RESUMO: O trabalho consiste em reflexão teórica que embasa pesquisa empírica (em andamento) que trata do modo como o Superior Tribunal de Justiça decide em questões polêmicas sobre a punição de adolescentes. Seu objetivo é propor formulação teórica da decisão judicial punitiva enquanto objeto de pesquisa, em alternativa às abordagens mais comuns nas ciências sociais (os estudos sobre o *sentencing* e sobre o *judicial decision-making*). Embora não se pretenda apresentar os resultados da pesquisa, alguns exemplos dela são fornecidos ao longo da reflexão. Partindo da sociologia da punição, demonstra-se como diversos aspectos da teoria de Pierre Bourdieu são úteis para compreender esse fenômeno e sua construção no campo jurídico. Ao longo da reflexão são apontadas suas consequências metodológicas para a referida pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: sociologia. punição. campo jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta reflexão teórica que levou à construção de problema de pesquisa de mestrado, em andamento, conduzida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo. A investigação tem por objeto o modo como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) molda o funcionamento da justiça penal de jovens por meio de suas decisões em casos paradigmáticos, como por exemplo, em que situações os jovens tem direito à defesa ou em que hipóteses podem ser internados. Partindo do debate sobre o fenômeno da adultificação da justiça juvenil (MUNCIE, 2013, p.43; GOLDSON; HUGHES, 2010, p. 214), isto é, da colonização do sistema de pensamento desta pelo da justiça criminal de adultos (PIRES, 2006, p. 623), a pesquisa verifica se esse fenômeno ocorre na atuação do tribunal analisado. Esse fenômeno da adultificação, porém, é observado em duas dimensões.

Uma delas é o padrão decisório do tribunal, isto é, o modo como este decide sobre a extensão dos direitos dos jovens e as manifestações dos atores. Assim, testa-se a hipótese do "pior dos dois mundos" (FELD, 2013, p. 187), isto é, de que adolescentes estariam recebendo punições mais severas, como os adultos, mas não receberiam garantias procedimentais a que estes têm direito. Desse modo, verifica-se como as variáveis "gravidade do caso" e "tipo de caso" (se referente às garantias ou não) explicam o desfecho das decisões (contra ou a favor do que a defesa do jovem solicita). Além delas, adiciona-se a variável "solução indicada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente" (ECA), de modo a verificar se, como destacam diversos operadores do direito, as disposições do ECA são frequentemente ignoradas pelo judiciário (e.g., MÉNDEZ, 1998)[2]. A outra dimensão em que a atuação do tribunal é analisada diz respeito ao que os diferentes juízes do tribunal manifestam em suas decisões sobre a criminalidade de jovens, a função da medida socioeducativa (resposta estatal) e o papel do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As considerações teóricas apresentadas a seguir permitiram a construção do problema de pesquisa que norteia tal estudo, bem como a escolha da metodologia utilizada para abordá-lo. Assim,

---

1 Mestrando em Sociologia (USP), bolsista do CNPQ; *gutierrezegc@gmail.com*

2 A técnica utilizada no teste dessa hipótese é a *qualitative compared analysys* (QCA), que difere da regressão logística, a qual é utilizada na maioria dos trabalhos sobre decisão judicial. Considerando que as menções à pesquisa neste trabalho têm por objetivo apenas ilustrar as consequências da construção teórica proposta, não serão apresentados seus detalhes metodológicos.

este trabalho busca construir a decisão judicial punitiva como objeto teórico a partir de uma sociologia da punição, a qual busca aproximar a teoria social desse objeto, cuja compreensão é frequentemente relegada a uma tarefa técnica conduzida por instituições especializadas. Essa sociologia, segundo Garland, "contempla as instituições a partir de seu exterior, por assim dizer, e busca entender seu papel como um conjunto distintivo de processos sociais imersos em uma rede social ampla" (1999, p. 25). Assim, a condenação, o ato de censura e a caracterização de criminoso são aspectos essenciais da punição (1999). Desse modo, "qualquer interpretação mais ampla da punição deve descrever, portanto, as práticas significantes que censuram e condenam – atribuindo valor e significado às medidas penais [...]" (Idem). Na elaboração dessa abordagem sociológica ao fenômeno da punição, o autor sugere que temas como o direito penal, a justiça penal e a sanção penal podem ser mais bem estudados em diálogo com as obras de Durkheim, Marx, Elias, Foucault e Weber. Neste trabalho, demonstra-se que esse tema pode, igualmente, ser abordado de maneira frutífera a partir da teoria de Bourdieu. Essa teorização é apresentada tendo como referência pesquisa empírica específica, de modo a demonstrar as implicações práticas da construção teórica proposta.

Para tanto, traça-se breve revisão sobre pesquisas que tomam a decisão judicial punitiva como objeto, demonstrando que há duas dimensões negligenciadas em tais investigações: a importância da lei na tomada de decisões e as justificativas oficiais apresentadas pelos juízes. Essa constatação não visa a criticar tais estudos, mas a abrir frente para outro tipo de pesquisa, que, em complemento a eles, pode auxiliar na compreensão da decisão judicial. De modo a dar conta dessas duas questões e de outras que serão apresentadas como relevantes, sustenta-se a construção teórica da decisão judicial como ato de Estado. Após, demonstra-se como essa abordagem não apenas dá tratamento adequado à decisão judicial, mas também ao fenômeno da punição. Ao final, considerando que essa construção é feita a partir de elementos da sociologia de Pierre Bourdieu, faz-se a ressalva de que a abordagem deste trabalho não segue exatamente a agenda de pesquisa do autor e de seus seguidores que a aplicaram ao direito, demonstrando que isso não impede a investigação.

2 OS ESTUDOS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES

Entre os estudos das ciências sociais sobre como criminosos são punidos que têm por centralidade a decisão judicial, destacam-se as pesquisas sobre o *sentencing*. Seu foco reside nos fatores que explicam o resultado da decisão. Em revisão sobre esses estudos, Raupp (2015) destaca uma divisão entre as abordagens quantitativas e qualitativas.

As primeiras buscam descobrir a influência de certas variáveis, como as características dos réus (cor, idade, classe social, etc.) ou dos juízes no resultado da decisão, compreendido a partir do seu desfecho (absolvição/condenação), tipo de punição (privação de liberdade, restrição de direitos, multa, etc.) ou quantidade de pena (RAUPP, 2014, p.177). Há, também, estudos que enfatizam como aspectos ambientais e burocráticos dos tribunais moldam sua atuação. Estes levam em conta, por exemplo, como o fato de um crime estar sobrerrepresentado nos processos do tribunal afeta o modo como é julgado (Ibid., p.180).

As abordagens qualitativas, por sua vez caracterizam-se pela ênfase na complexidade do processo de tomada de decisão. A partir do uso da entrevista e da observação direta, focalizam a figura do juiz, bem como a cultura judiciária em que este se insere para explicar como o processo de decisão é conduzido (RAUPP, 2014, p.180).

No Brasil, esse tipo de pesquisa encontra solo na questão sobre o fluxo de justiça do sistema criminal, datando de meados dos anos 1980 (RIBEIRO; VARGAS, 2008, p. 2). Seu objeto pode ser definido como o "fluxo de pessoas e procedimentos que atravessam as diferentes organizações que compõem o sistema de justiça criminal" (Ibid.,p.5). Assim, o sentenciamento e a condenação seriam apenas duas das fases que esse tipo de estudo focaliza (além do esclarecimento e do processamento).

Conforme Ribeiro e Vargas, a grande vantagem desse tipo de estudo consiste em reconstruir o formato de funil do sistema de justiça e identificar os determinantes do encerramento do processo em cada fase (2008, p.6).

Ao abordar esses estudos, Raupp (2015), apoiada em Pires e Landerville (1983 apud Rupp, 2015), demonstra que as pesquisas sobre o *sentencing* não abordam questão importante do funcionamento da justiça: as declarações oficiais dos atores (RAUPP, 2015, p. 177). Assim, sustenta a necessidade de se considerar não apenas quem, quantos, e como os réus são punidos, mas também o que é dito nesse processo de seleção da justiça criminal, ou seja, aquilo que é aceito pelos juristas como critério legítimo de justificação.

Embora não abarcados na revisão de Raupp, é importante considerar outro tipo de estudo sobre a decisão judicial que também apresenta a limitação de não atentar para as justificativas das decisões. São os estudos sobre o *judicial decision-making*[3]. Inaugurados com o trabalho de Pritchett (1948) sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, têm como objetivo explicar o que determina o comportamento dos juízes. Sua grande diferença em relação às pesquisas sobre o *sentencing* é focalizar decisões que não necessariamente pertencem à justiça penal e que não dizem respeito a como criminosos são individualmente punidos, mas a casos gerais. Esses estudos podem ser classificados de acordo com os fatores considerados relevantes para a explicação de determinado resultado.

Nesse sentido, destacam-se três diferentes modelos (OLIVEIRA, 2014, p.2): a) o modelo legal ou formalista, que se baseia na crença de que as decisões judiciais são explicadas pelo próprio direito, isto é, pelo significado da lei, pelos precedentes e pela intenção do legislador; b) o modelo atitudinal, segundo o qual as decisões podem ser explicadas a partir dos valores ideológicos dos juízes (e.g., SCHUBERT, 1958; SEGAL; SPAETH, 2005); c) o modelo estratégico, semelhante ao atitudinal, no sentido de considerar relevantes os fatores ideológicos, mas que focalizam as estratégias adotadas pelos juízes para favorecer suas visões políticas (e.g., EPSTEIN *et al*., 1989).

Embora o primeiro modelo apresente algumas variações, sua premissa básica é a dos operadores jurídicos, de que o direito, se não é o fator exclusivo, pelo menos é o mais importante na explicação de como os juízes decidem. Esse seria o modelo de explicação adotado pelos juristas. Os modelos do segundo tipo, por outro lado, acreditam que o direito simplesmente não importa, servindo como mera justificativa para as decisões, mas não como sua explicação (SEGAL; SPAETH, 2005, p.53).

Entre as variáveis utilizadas pelos modelos do segundo e do terceiro tipo destacam-se a) a ideologia dos juízes, medida frequentemente pelo partido do presidente que os indicou para o posto, o que é de difícil medida no Brasil, dado a ausência de dicotomização dos partidos; b) o modo como os juízes decidiram em casos anteriores semelhantes, argumento que é criticado pela sua circularidade (OLIVEIRA, 2014, p.3), e considerado impossível de ser falseável de acordo com Spaeth e Segal, visto que dizer que um juiz decidirá assim porque decidiu dessa forma anteriormente não explica porque ele decide dessa maneira (2005, p.47); c) o ambiente político em que a corte decide, medido a partir do partido do presidente em exercício à época da decisão (e.g, EPSTEIN *et al*, 1989). Embora não sejam voltados exclusivamente para casos criminais, esses estudos buscam explicá-los, também. Assim, Epstein, por exemplo, conclui que o fato de a maioria dos juízes da Suprema Corte ser republicana ou democrata é um bom preditor – controladas outras variáveis – de se ela decidirá contra ou a favor do réu em casos penais.

Dessa forma, tanto os estudos sobre o *sentencing* quanto os sobre o *judicial decision-making* partilham de duas limitações. A primeira, já observada, é a de não levarem em conta a justificativa das decisões. Essa limitação, porém, é coerente com a proposta de tais estudos. Se seu objetivo é unicamente explicar o comportamento dos juízes, faz sentido não tomar suas fundamentações como

3 Para uma revisão sobre esses trabalhos, conferir (KOERNER, 2007).

explicação, já que isso significaria uma aceitação total do mencionado modelo legal. Isso não significa, porém, que essas justificativas não sejam objeto importante de estudo. Antes de abordar a importância dessas justificativas, porém, é relevante observar outra limitação de tais estudos: a de ignorarem o papel da lei.

3 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA LEI

O mérito de tais pesquisas consiste em revelar, na regularidade estatística, como ocorrem as práticas dos Tribunais. Desse modo, respondem muito bem às questões: Quem é punido? De que forma? Por quanto tempo? Assim, constituem instrumento importante para o estudo de como o judiciário pune criminosos.

Uma limitação de tais trabalhos, porém, é que eles representam o que Bourdieu chama de abordagem externalista do Direito, "recusando à regra toda a eficácia específica, chegaram a reduzir o direito à simples regularidade estatística, garante da previsibilidade do funcionamento das instâncias jurídicas" (2010 [1989], p. 231). Sua premissa é semelhante à abordagem que Bourdieu chama de Marxista dita estruturalista, que considera o direito como simples reflexo das relações de força na sociedade. (Ibid., p. 210). Falta-lhes, portanto, reconhecer que o direito é um campo relativamente autônomo ao espaço social, que possui uma lógica interna, e que seus atores agem de acordo com ela. Isso não significa negar que o resultado da competição entre os atores jurídicos possa ser o de uma dominação homóloga a que ocorre em outros campos, inclusive o econômico, mas compreender que, mesmo que assim ocorra, isso não se dá de maneira automática.

Um exemplo de característica interna do campo do direito é justamente a importância das normas jurídicas, visto que o direito se fundamenta nelas. Nos termos da teoria de Bourdieu, a relevância da lei constitui a doxa do campo, ou seja, aquilo que não é posto em questão, que sequer precisa ser afirmado (2001 [1997], p.25). Desse modo, é bastante improvável que as discussões jurídicas desprezem a lei. Pelo contrário, o esforço realizado nas obras jurídicas é sempre o de demonstrar que a opinião se baseia na lei.

UNILASALLE CANOAS-RS

Embora não tenham partido da teoria de Bourdieu, outros autores sustentaram a importância de se levar em conta o papel da lei em pesquisas empíricas sobre o comportamento judicial (BRAMAN; NELSON, 2007; ORTIZ, 2014; EDWARDS; LIVERMORE, 2009). No caso da pesquisa sobre a qual se refere este trabalho, a consideração sobre a importância da lei é especialmente importante. O Estatuto da Criança e do Adolescente é celebrado como legislação distinta dos Códigos de Menores, e, como é frequentemente afirmado, estabeleceu uma justiça no melhor interesse dos adolescentes. É difícil pensar, portanto, que a introdução dessa lei não impacte o funcionamento da justiça juvenil. E mesmo que isso seja verdade, é algo que deve ser testado, em vez de tomado como certo.

Por outro lado, os trabalhos sobre a justiça penal que tomam a lei como objeto buscam identificar se determinadas práticas judiciais estão de acordo com a legislação, com a Constituição ou com a doutrina jurídica. No caso da punição de adolescentes, estes trabalhos costumam criticar o modo como o judiciário decide a afirmando que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é respeitado pelos tribunais, que agem ilegalmente. Esse tipo de trabalho é extremamente relevante, pois faz parte das disputas dentro do campo do direito sobre como adolescentes devem ser punidos.

Todavia, para a compreensão das práticas judiciais, tais trabalhos têm a limitação de se basearem em uma noção formalista do direito, de tratá-lo como campo absolutamente autônomo do espaço social (BOURDIEU, 2010 [1989], p.211), o que os leva a focalizar seu objeto a partir do binômio legal/ilegal. Assim, não tomam o resultado da decisão como uma variável dependente a ser explicada, mas sim como algo que está correto ou incorreto.

Tecidas essas considerações obre a relevância da lei, é importante reconhecer que existem trabalhos das ciências sociais que a consideram relevante sem adotar uma perspectiva normativa e abordando as justificativas dos atores. Particularmente, destacam-se as pesquisas etnometodológicas. Esses trabalhos observam quais são as expectativas prévias dos atores e como elas são utilizadas em distintas situações para orientar sua ação e justificá-la de modo coerente. Entre eles, pode-se citar o estudo de Aaron Cicourel (1968) sobre a organização da justiça juvenil. Neste o autor demonstra, por exemplo, o que oficiais de *probation* esperam de determinados depoimentos, examinando como essa questão guia as perguntas que formulam e o modo como relatam o depoimento posteriormente (1968, p. 292-327).

Em abordagem semelhante, David Sudnow (1965) buscou desvendar como o Código Penal é aplicado no trabalho da defensoria pública. O autor demonstra, por exemplo, como os defensores buscam classificar os casos que chegam a partir de critérios próprios, como o tipo de crime e o local da cidade. Ao perceber que o crime se trata de um tipo específico, já indicam o crime que o acusado deve aceitar no acordo com a promotoria. Esse crime, porém, não é uma ofensa mais leve e abarcada pelo crime acusado – critério que a lei recomenda no caso de acordos – mas um delito diverso, que se consolidou na rotina da interação com a promotoria como aquele que poderia ser admitido pelo réu (SUDNOW, 1965, p.263).

Como esses trabalhos buscam um padrão no processo decisório e na justificação da decisão mais localizado, obtido a partir de estudos de caso, diferem muito do escopo da pesquisa a que se refere este trabalho. Desse modo, suas contribuições e limitações não serão abordadas em maior profundidade, como se fez com os demais tipos de pesquisa[4]. Igualmente, é importante reconhecer que existem trabalhos das ciências sociais que focalizam as justificativas dos magistrados em suas decisões (e.g.,VASCONCELLOS, 2008). O objetivo dessa exposição inicial, portanto, não foi o de inaugurar um novo tipo de pesquisa, mas apenas de demonstrar que há um grande grupo de investigações que não focalizam o papel da lei e as justificações dos juízes para decidir, os quais são elementos importantes para compreender a punição.

A conclusão desta Seção para o trabalho é a de que, ao se observar o padrão decisório do Tribunal, deve-se não apenas testar a hipótese do pior dos dois mundos, mas também verificar como o ECA influencia sua confirmação ou não. Ainda, se o que os tribunais dizem é algo que deve ser estudado (o que será argumentado na subseção seguinte), então é necessário que a pesquisa considere o que dizem sobre o papel da lei.

4 A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE ESTADO

A pesquisa sobre a qual este trabalho se refere situa-se na intersecção entre punição e direito. Assim, as considerações a seguir têm por objetivo propor uma forma de abordar ambos os fenômenos de maneira coerente e que apresente uma alternativa às limitações dos trabalhos revisados na Seção 3. Para tanto, lança-se mão das considerações de Bourdieu sobre o Estado e sobre o direito e as de Loïc Wacquant sobre o fenômeno da punição.

Nos cursos lecionados no *Collège de France* entre 1989 e 1992, reunidos na obra *Sobre o Estado* (2015 [2002]), Bourdieu busca trilhar caminhos para se pensar o Estado, um objeto "impensável". Esse objeto seria impensável, pois, por já estar instituído nas estruturas sociais e mentais já adaptadas a eles, faz com que seja concebido a partir de suas próprias categorias. Uma solução para tornar esse objeto pensável é observar a sua gênese. Esta é entendida por Bourdieu como "a culminação de um processo de concentração de diferentes espécies de capital" (2015 [2002], p.4),

4 Para uma revisão sobre trabalhos que utilizaram abordagem semelhante no Brasil, conferir (PAES; RIBEIRO, 2014).

sendo estes os capitais de força física, econômico, cultural e simbólico. O último, na verdade, é uma propriedade que os outros capitais adquirem quando reconhecidos como legítimos pelos agentes sociais (2015 [2002], p.8). A essa concentração dos diferentes capitais por essa instituição que passou a se chamar de Estado correspondeu um processo de autonomização dos respectivos campos nos quais ocorrem lutas pelo controle do poder sobre o Estado (Ibid., p.4-5).

Esse retorno à gênese do Estado permite, portanto, defini-lo como um campo. Um campo de poder, isto é, "um espaço estruturado segundo oposições ligadas a formas de capital específicas, interesses diferentes" (Ibid., p.50). Abandonando essa visão unitária do Estado, Bourdieu propõe que se pense em atos de Estado, atos políticos com pretensões a ter efeitos no mundo social. Assim, mais preciso do que pensar a decisão judicial ou a punição como algo que "o Estado" faz, é pensá-la como um ato de Estado. Um ato que não emana de um ente uno e divino, mas que é produto dessas lutas que ocorrem no interior do campo jurídico[5].

Pensar tais atos como produtos de disputa tem como consequência prática a necessidade de se observar não só as opiniões jurídicas vencedoras, mas também as que a elas se opuseram, ou seja, observar o que está em disputa em cada decisão. Além disso, isso significa que é fundamental, antes de observar como o judiciário, de fato, pune adolescentes, atentar para o que as partes (defesa e acusação) solicitaram ao judiciário – o que, em geral, é negligenciado pelos estudos sobre a punição, os quais costumam focalizar apenas o resultado.

5 A DECISÃO COMO ATO DE ESTADO PORTADOR DA VIOLÊNCIA FÍSICA E SIMBÓLICA LEGÍTIMAS

Outra vantagem de se pensar a decisão judicial a partir da teorização de Bourdieu é a de considerá-la como um ato que produz uma violência física (a punição) simbolicamente legitimada. Em uma conceituação provisória do Estado, Bourdieu, complementando a definição de Max Weber, define o Estado como um ente possuidor do "monopólio da violência física e simbólica legítima" (Ibid., p.30). Essa definição reúne os méritos da formulação weberiana, pois considera o Estado como detentor da possibilidade de imposição de coerção física, bem como da durkheimiana, que o considera fundamento de integração lógica e moral da vida social, o que não significa ignorar que o Estado pode ter a função que a tradição marxista lhe confere, de estar a serviço da classe dominante (MICELI, 2015, p. 20).

Assim, as decisões judiciais podem ser entendidas como atos de Estado, isto é, "atos políticos com pretensões a ter efeitos no mundo social" (BOURDIEU, 2015 [2002], p. 40). Tais atos "têm em comum ser ações feitas por agentes dotados de uma autoridade simbólica, e seguidas de efeitos. Essa autoridade simbólica, pouco a pouco, remete a uma espécie de comunidade ilusória, de consenso último" (Ibid., p. 40). Desse modo percebe-se que seus efeitos no mundo social se manifestam tanto na forma de violência física (como a imposição de privação de liberdade), quanto de violência simbólica, que confere legitimidade a esse ato.

Essa concepção acerca da autoridade simbólica dos atos de Estado aproxima-se da perspectiva de Durkheim sobre a punição. Segundo o autor, o crime seria uma violação ao sentimento coletivo, isto é, ao "conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à grande média de indivíduos da mesma sociedade" (DURKHEIM, 1999 [1893], p. 44). Assim, a punição consistiria em uma reação passional a esse crime, tendo a função de preservar a consciência coletiva da sociedade e, portanto, sua própria coesão. Segundo Durkheim, essa função da punição não seria alterada pelas intenções declaradas das

5 Embora a questão das lutas que ocorrem no campo jurídico seja mais extensamente abordada em O Poder Simbólico (1989, p. 209-254), falta a essa obra posicionar o direito em relação ao Estado, de modo que é útil a esse trabalho lê-las em conjunto.

sociedades ao impô-la. Ou seja, independentemente da racionalização construída pelas sociedades modernas, atribuindo à punição, por exemplo, a função de dissuasão, seu papel permaneceria o mesmo. Nesse sentido, o autor afirma: "A natureza de uma prática não muda necessariamente porque as intenções conscientes dos que a aplicam se modificam" (Ibid., p. 58).

Por um lado, essa posição pode ser criticada por não perceber que o processo de criminalização de condutas não corresponde necessariamente ao que a média dos indivíduos pensam ou sentem sobre ele, como demonstra, por exemplo, Howard Becker (2014 [1963]). Ela ignora, portanto, que a punição possui um caráter de dominação social, como enfatizado pela tradição marxista (e.g., RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2003 [1939]; PASHUKANIS, 1980 [1924]). Por outro, pode-se reconhecer nela uma importante relação entre a punição e as atitudes e opiniões das pessoas em relação ao mundo social. É possível, assim, compreender que, de fato, as práticas dos atores sociais que participam de qualquer processo de criminalização – seja na elaboração de leis, seja no julgamento de casos concretos – influenciam o que outros pensam sobre elas e são influenciadas pelo que eles mesmos pensam sobre ela.

Se o direito – assim como a linguagem, a arte e a religião, por exemplo – for entendido como um sistema simbólico, isto é, como um instrumento de conhecimento e de comunicação que torna possível um consenso acerca do mundo social e que contribui para a reprodução da ordem social (BOURDIEU, 2010 [1989], p.10), pode-se observar que ele exerce um poder simbólico, isto é, o de impor determinadas formas de conhecimento da realidade. Essa imposição, porém, não é percebida como imposição, como construção social arbitrária – ou seja, que poderia ser de outro modo –, mas como algo inquestionável, natural.

Isso é especialmente verdade no caso do direito, considerado por Bourdieu o poder simbólico por excelência (2015 [2002], p. 237). Tal ocorre devido à legitimidade social atribuída ao direito e é reforçado por seus atributos específicos, como a linguagem jurídica. Por meio de características sintáticas como construções passivas e frases impessoais, a linguagem jurídica marca a impessoalidade do enunciado normativo e faz do enunciador um sujeito universal, simultaneamente imparcial e objetivo. A utilização desses recursos linguísticos outorgam generalidade e omnitemporalidade às leis e às decisões, conferindo a impressão de que estas apresentam uma visão de mundo universal sobre as situações tratadas, apagando o processo político de confecção da norma e de sua interpretação. Especificamente sobre o julgamento da justiça, Bourdieu afirma que

> estamos diante de atos de categorização; a etimologia da palavra "categoria" — de categorein — é "acusar publicamente", e mesmo "insultar"; o categorein de Estado acusa publicamente, com a autoridade pública: "Eu o acuso publicamente de ser culpado" (2015 [2002], p.40).

Desse modo, as categorizações oficiais utilizadas pelos juízes são fundamentais para entender a punição. Elas apresentam a definição oficial sobre criminalidade, punição e significado da lei. A decisão, portanto, pode definir quem é considerado perigoso ou não, quem merece ser punido com prisão (ou internação, no caso dos adolescentes) ou com uma medida em meio aberto, se a pena tem um caráter reabilitador ou de afastamento do criminoso da sociedade.

Mas há outro efeito simbólico igualmente importante da decisão judicial. Não apenas ela categoriza, hierarquiza o mundo, como institui o critério legítimo dessa categorização. Assim, na utilização das categorias punir/proteger, criminoso/necessitado, por exemplo, "não se apresenta a questão da pertinência dessa oposição" (2015 [2002], p.40). Ou seja, além de apresentar a visão oficial sobre quem é perigoso e quem não é, a decisão, como ato de Estado, declara que essa diferenciação é fundamental. Ela traduz o caso que julga para os termos do direito, declarando o que é pertinente juridicamente e o que não é (2010 [1989], p.230).

Dessa forma, se o judiciário julga afirmando que um adolescente deve ser internado porque o crime de tráfico de drogas é grave (como se observou em pesquisa exploratória), ele não apenas apresenta a visão oficial de que esse é um crime grave. Principalmente, ele afirma que o fato de um crime ser grave é fundamental para decidir. Essa questão não é trivial, sobretudo no caso da justiça juvenil, que historicamente legitima-se a partir da ideia de que é o indivíduo e não o ato cometido o principal critério para estabelecer a sanção.

Portanto, é importante observar que, embora se possa concordar com a pressuposição dos estudos revisados de que os motivos apresentados nas decisões não são necessariamente o que levam os juízes a decidir, eles, ainda assim, apresentam uma eficácia simbólica. Assim, "conquanto todas essas manifestações simbólicas não passem de boas intenções ou de manifestações de hipocrisia, mesmo assim elas agem" (BOURDIEU, 2015 [2002], p.60).

Esse reconhecimento da autoridade simbólica do Estado, por outro lado, não significa que as práticas e os discursos do Estado sejam aceitos pela média dos indivíduos ou que simplesmente derivem da consciência coletiva, como sustentou Durkheim. Contudo, permite observar o que Bourdieu chama de função gnosiológica (relativa ao conhecimento) dos sistemas simbólicos (BOURDIEU, 2010 [1989], p.9), ou seja, permitem observar que os atos de Estado, de fato, contribuem para o modo como os indivíduos concebem o mundo. Por outro lado, essa perspectiva não ignora o que o autor concebe como funções políticas dos sistemas simbólicos, isto é, de servir para legitimar as atitudes da classe dominante, tal como ressaltado pela tradição marxista, por meio da noção de ideologia (Ibid., p. 10). Esse conceito, porém, é rejeitado por Bourdieu, na medida em que leva a crer que existe uma base material anterior aos discursos – a estrutura econômica. Para o autor, o poder de anunciar aquilo que será considerado verdadeiro, permite tornar verdadeiro o que se anuncia (BOURDIEU, 2015 [2002], p.356).

Para a investigação a que este trabalho remete, portanto, a vantagem de se pensar a punição como um ato de Estado carregado de uma eficácia simbólica é conferir maior importância para as justificativas dos magistrados em suas decisões. Ou seja, tomar o que os juízes dizem não como explicação fundamental de sua decisão, como fazem, em geral, os trabalhos do direito, nem como mera justificativa feita *a posteriori* e que serve apenas para dar legitimidade à decisão, como fazem os trabalhos sobre o *sentencing* e sobre o *judicial decision-making*, mas como um ato de Estado portador do monopólio da violência física e simbólica legítima.

O monopólio da violência física, por sua vez, pode ser percebido na concentração por um grupo (polícia, judiciário, etc.) especializado e centralizado, especificamente imbuído dessa função, a qual é claramente identificada na sociedade (BOURDIEU, 1991 [1994], p.5). A decisão judicial produz efeitos físicos no mundo, como fazer um indivíduo passar por um processo penal, permanecer privado de liberdade nesta ou naquela condição, por este ou aquele período de tempo. Ela, portanto, pode possuir os efeitos de proteger, inclusive com a ameaça da violência física, a dominação de um determinado grupo sobre outro, como enfatizado pela tradição marxista.

6 O FÍSICO E O SIMBÓLICO NA PUNIÇÃO

Partir da concepção de que a sentença é um ato de Estado carregado de violência física e simbólica legítima, permite, igualmente, compreender como o físico e o simbólico se articulam na punição. Nesse sentido Wacquant (2009) demonstra que o recrudescimento das práticas punitivas, que nos Estados Unidos ocorreu a partir da década de 1970 deve ser compreendido a partir de um duplo movimento.

Por um lado, houve transformações que conduziram a um hiperencarceramento, sobretudo de pessoas negras e pobres – uma divisão física da população. Por outro, essas transformações impulsionaram uma divisão de cunho simbólico. Desse modo, os aparelhos da justiça penal passaram a

produzir um discurso oficial do Estado sobre o papel da punição, conferindo uma justificativa institucional para a situação das classes trabalhadoras, baseada na responsabilidade individual e diferenciando categorias de pessoas socialmente desonradas. O aumento de pessoas encarceradas, a aceleração do processo com a remoção de barreiras à condenação, o aumento do tempo das sentenças ocorreu juntamente ao que Wacquant chama de uma pornografia de lei e ordem (Wacquant dá o exemplo do sucesso dos programas televisivos sobre crime) e um discurso de insegurança, com a estigmatização de moradores de rua, prostitutas e imigrantes (WACQUANT, 2009, p.2).

No Brasil por exemplo, Misse – ainda que em outro registro teórico – percebeu a associação entre determinadas práticas criminais e certos agentes demarcados pela pobreza, cor e estilo de vida, aos quais recaem rejeição moral mais intensa e punição mais dura. A sujeição criminal desses atores[6] depende que suas ações "rompam ou ameacem romper com um 'núcleo forte' emocional dos agentes sociais, sobre o qual se concentram as representações sociais da normalidade, do crime e da violência" (MISSE, 2010, p.26).

Logo, embora tenha se apresentado o encarceramento como uma divisão física da população, ela tem um efeito simbólico. O Estado, ao adotar a pena de prisão como principal forma de punição, afirma sua legitimidade social como resposta ao crime, e ao enviar determinadas pessoas à prisão, como negros e pobres, contribui para a formação de um consenso social sobre essas categorias. O físico, portanto, é simbólico. Nesse sentido,

> convém tomar como ponto de partida o fato de que as relações de força são relações de comunicação, isto é, que não há antagonismo entre uma visão fisicalista e uma visão semiológica ou simbólica do mundo social. É preciso recusar a opção entre dois tipos de modelos entre os quais toda a tradição do pensamento social sempre oscilou, (...) As relações de força mais brutais (...) são ao mesmo tempo relações simbólicas (BOURDIEU, 2015, p.176).

UNILASALLE CANOAS RS

É importante observar que essa perspectiva de unir ambas as dimensões não é exclusiva ao pensamento bourdieusiano. Embora a partir de outra perspectiva teórica, foi a análise de práticas discursivas e não discursivas que permitiram a Foucault compreender a transformação da punição nas sociedades modernas. Conforme Alvarez, Foucault percebeu que à emergência da prisão como instituição central, articulou-se "um novo conjunto de práticas de poder disciplinares, suporte também de novas relações de conhecimento" (ALVAREZ, 2013, p.25). O autor pode, portanto, levar em conta como "um saber, técnicas, discurso 'científicos' se formaram e se entrelaçaram com a prática do poder de punir" (FOUCAULT, 2011 [1975], p.26). A recusa a uma visão fisicalista, para usar o termo de Bourdieu, permitiu, por exemplo, que Foucault percebesse no suplício e depois na disciplina algo que representava mais que uma passagem de um castigo bárbaro a outro mais suave.

É justamente esse rompimento com o antagonismo entre uma visão fisicalista e simbólica que permite a Wacquant sustentar que "a prisão simboliza divisões materiais e materializa relações de poder simbólico; seu funcionamento une desigualdade e identidade, funda dominação e significação" (2009, xvi; em livre tradução). Dessa forma, o autor pretende reunir as abordagens de cunho marxista e as de feição durkheimiana (2009, p. xv). As primeiras costumam conferir maior importância para a forma como as classes despossuídas são fisicamente punidas pelo sistema penal, ou, como sustenta Bourdieu, tendem a valorizar o capital físico do Estado em suas análises (1994 [1991], p. 5). Já a abordagem durkheimiana focaliza os efeitos simbólicos da punição, como já referido.

Com isso, não se quer dizer que Marx e a tradição que o seguiu negligenciaram completamente os efeitos simbólicos da punição, tampouco que Durkheim desconhecia a importância de seus efeitos

6 O processo de sujeição caracteriza-se pela atribuição da sociedade a atores sociais de uma subjetividade vinculada ao crime (incriminação), que, por sua vez, passa a ser incorporada nas representações que os próprios agentes passam a ter de si (MISSE, 2010).

físicos. Como o próprio Wacquant reconhece, Marx afirma que "o criminoso produz uma impressão, ora moral, ora trágica e presta um serviço ao despertar sentimentos morais e estéticos no público" (WACQUANT, 2009, p. 29-30 apud BOTTOMORE; RUBEL, 1958; em livre tradução), embora vinculasse essa "impressão" não a sua capacidade de estimular uma percepção sobre o mundo, mas a sua capacidade de diminuir a monotonia do mundo burguês e assim estimular a competição[7].

É verdade que a principal obra da tradição marxista a abordar a questão é "Punição e estrutura social", que busca demonstrar como a variação na quantidade de pessoas punidas, bem como na qualidade do castigo adotado é explicada fundamentalmente por variações demográficas e no mercado de trabalho (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2003 [1939]). Contudo, é possível construir, a partir da teoria marxiana, abordagens distintas. Nesse sentido, Pashukanis, por exemplo, ao criticar as abordagens marxistas que veem o direito somente como uma forma de dominação de classe, demonstra como a forma da mercadoria faz com que os indivíduos, no capitalismo, pensem a punição a partir do princípio da proporcionalidade entre delito e pena, tal como ocorre na troca de mercadorias. (PASHUKANIS, 1980 [1924], p. 109-125).

Além disso, Durkheim dedicou-se, ainda que brevemente, a analisar como a imposição física da punição variou ao longo da história de acordo com determinadas leis. Desse modo, em "As duas leis da evolução penal", o autor formula duas leis que explicam porque a qualidade das penas (tipo de castigo imposto) e sua quantidade (em termos de privação de liberdade) variaram ao longo da história (2014 [1900]). Sua explicação, porém, não foge a sua percepção, já mencionada, do crime como ofensa à consciência coletiva.

Desse modo, percebe-se que a ênfase nos aspectos simbólicos e físicos – que são também simbólicos – da punição não consiste na inauguração de um objeto de estudo em relação à tradição marxista e durkheimiana. Ela representa, porém, uma forma específica de enxergá-la, que busca reunir as vantagens dessas duas tradições. Essa perspectiva teórica, portanto, leva uma investigação sobre como a punição é construída no âmbito do judiciário a considerar tanto suas manifestações sobre crime, punição e papel da lei (dimensão simbólica), quanto o seu padrão decisório, isto é, o modo como decide como a punição deverá ser imposta (dimensão física, que também é simbólica).

7 RESSALVA TEÓRICO-METODOLÓGICA

Todavia, é fundamental observar que essa apreensão da lógica da disputa em torno da punição de adolescentes por meio exclusivamente da análise de decisões difere do modo como Bourdieu sugere pesquisar as disputas no campo jurídico. Para o autor, é fundamental compreender a hierarquia das posições dos diferentes atores, seus interesses e como esses são mobilizados de acordo com essa hierarquia e com as regras do campo. O foco principal, portanto, é nos interesses desses atores em competição e nas estratégias utilizadas nessa competição. Nesse sentido a pesquisa de Hagan (2005) sobre o Tribunal Internacional para a ex-Ioguslávia pode ser classificada como típica da abordagem proposta por Bourdieu[8].

O autor, invocando explicitamente as contribuições de Bourdieu, teve por objetivo investigar como o tribunal foi bem-sucedido na acusação e condenação por crimes de guerra. Sua pesquisa baseou-se em mais de 100 entrevistas gravadas com promotores, juízes, advogados e seus respectivos assistentes. Foram também realizadas etnografias no tribunal. O autor concluiu que o sucesso do Tribunal de deveu a uma série de práticas lideradas pelos diferentes promotores, explicadas a partir de

7 Essa leitura, porém, não é compartilhada por Wacquant, que afirma que, no trecho citado, Marx estaria se aproximando de Durkheim (2009, p. 30). Essa posição, porém, não parece correta, já que o autor alemão não se refere a um consenso moral sobre o crime, mas à capacidade da figura do criminoso estimular a competição e, assim, a produção (MARX, 1968 [1893], p. 317).

8 Hagan chega a comparar seu raciocínio com o utilizado por Bourdieu em As regras da arte (2015, p. 1.524).

seus diferentes *habitus* jurídicos, com a mobilização de estratégias das duas grandes tradições do direito (*civil law* e *common law*).

Yves Dezalay, provavelmente o pesquisador com maior destaque a conduzir investigações sobre o direito a partir da contribuição de Bourdieu, defende justamente esse tipo de estudo realizado por Hagan. Para Dezalay as considerações de Bourdieu sobre o direito em geral são utilizadas pelos trabalhos apenas para "teorizar o direito em um nível mais geral" (2012, p. 446). Entretanto, o autor sugere que a maior contribuição de Bourdieu para o direito reside na aplicação empírica de suas considerações, o que consiste, primordialmente, em focalizar as disputas entres os atores, sobretudo no momento de formação do campo jurídico. Não à toa, seguindo de certa forma as lições de Bourdieu sobre o papel dos juristas na formação do Estado moderno (BOURDIEU, 1991, p. 9-12; BOURDIEU, 2015 [2002]), seu principal objeto de estudo é a formação de um campo jurídico internacional e seu impacto nos campos locais (DEZALAY; MADSEN, 2012; DEZALAY, GARTH, 2014).

Contudo, demonstrou-se, neste trabalho, que é possível utilizar as contribuições de Bourdieu não apenas como uma agenda de pesquisa a ser seguida, mas como meio de repensar teoricamente a decisão judicial sobre a punição. Desse modo, pode-se a estabelecer uma abordagem distinta das tradicionalmente utilizadas pelos estudos da área. Estudos como os defendidos por Dezalay, por levarem em conta inúmeras questões prévias ao resultado jurídico (decisão), dizem pouco sobre como o direito afeta a vida dos justiciáveis. Isso pode ser observado na pesquisa de Hagan (2015). O autor não aborda, por exemplo, o debate sobre como o tribunal decidiu não enquadrar os atos de determinados réus como genocídio. Assim, não são respondidas perguntas como: Quais questões relativas à punição estavam em disputa? Com que regularidade essas questões apareciam nesse tipo de caso? Quais réus foram condenados por esse crime? O que o tribunal disse sobre eles?

É verdade que um trabalho como o de Hagan não impossibilita a investigação sobre tais questões. Porém, um estudo que dê primazia a elas – valendo-se da contribuição de Bourdieu sobre o direito – pode ser feito por meio de uma pesquisa que focalize apenas as decisões. Isso se justifica não apenas a partir da constatação de que pouco se sabe acerca de como o judiciário decide sobre a punição de adolescentes, mas, principalmente, de que suas decisões possuem uma eficácia simbólica que influencia o modo como a punição é pensada também em outros campos (como o legislativo e o dos profissionais que trabalham com execução de medidas). É necessário, pois, indicar o que está em disputa e o que não está, verificando como a visão oficial do Estado sobre a punição de jovens é construída, ainda que se deixe de lado questões mais específicas dessas disputas (algo que, por exemplo, trabalhos etnometodológicos poderiam elucidar melhor).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho propôs-se abordagem distinta das de outros que focalizam a decisão judicial. Argumentou-se que a construção teórica da decisão judicial punitiva, enquanto ato de Estado, tem como consequência observar as disputas entre defesa e acusação e entre os magistrados. Além disso, essa formulação permite focalizar a decisão judicial em duas dimensões: física e simbólica. Isso tem como consequência observar tanto as manifestações dos juízes, quanto o padrão de seu comportamento em termos de quando estão dispostos a decidir contra ou a favor daquele que será punido. Os aspectos dessas manifestações e o modo de apreender esse padrão dependem do objeto a ser estudado.

Na pesquisa a que este trabalho se refere, os discursos dos juízes são focalizados a partir do que é dito sobre o adolescente autor de ato infracional, a função da medida socioeducativa e o papel do Estatuto da Criança e do Adolescente diante da criminalidade de jovens. O estudo do padrão decisório, por sua vez, é realizado a partir do teste da hipótese do "pior dos dois mundos", observando-se se o

fato de um caso ser grave ou de dizer respeito a garantias processuais leva à decisão contrária ao jovem. Ainda, a reflexão teórica leva a incluir o que o ECA prevê como variável no teste da hipótese.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Punição, discurso e poder: textos reunidos. Tese (Livre Docência). Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BECKER. Howard. Outsiders – Estudo de Sociologia do Desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora Ltda, 2009.

BOURDIEU, Pierre. Meditações Pascalianas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001 [1997].

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 [1989].

BOURDIEU, Pierre. Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field. Sociological Theory, v. 12, n. 1, p. 1-18, 1994 [1991].

BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2015 [2002].

BRAMAN, Eileen. THOMAS, Nelson. Mechanism of Motivated Reasoning?: Analogical Perception in Discrimination Disputes. American Journal of Political Science vol. 51, n. 4. p. 940-56, 2007. Disponível em:< http://www.jstor.org/stable/4620109?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 27 mai. 2016.

CICOUREL, Aaron. The social organization of juvenile justice. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1968.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. "Lost in Translation: On the Failed Encounter Between Bourdieu and Law and Society Scholarship and their Respective Blindnesses". In: BÚRCA, Gráinne de;

KILPATRICK, Claire; SCOTT, Joanne. Critical Legal Perspectives on Global Governance. Portland: Hart Publishing, 2014, p. 385-403.

DEZALAY, Yves; MADSEN, Mikael Rask. The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law. The Annual Review of Law and Social Sciences. N. 8, p. 433–452, 2012.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, [1893] 1999.

EDWARDS, Harry. LIVERMORE, Michael. Pitfalls of empirical studies that attempt to understand the factors affecting appellate decisionmaking. Duke Law Journal, vol. 58, n. 9, p. 1895-1989, 2009. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1426&context=dlj. Acesso em: 27 mai. 2016.

EPSTEIN, Lee, WALKER, Thomas, DIXON, Willian. The Supreme Court and Criminal Justice Disputes: A Neo-Institutional Perspective. American Journal of Political Science, vol 33, n. 4, p. 825-841, 1989. Disponível em: http://epstein.wustl.edu/research/cjdisputes.pdf. Acesso em: 27 mai. 2016.

FELD, Barry. Juveniles' Competence and Procedural Rights in Juvenile Court. In: CHURCH, Wesley, SPRINGER, David, ROBERTS, Albert (Org). Juvenile Justice Sourcebook. Oxford University Press, p.167-192, 2014.

UNILASALLE CANOAS-RS

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. Petrópolis: Vozes, [1975] 2011.

GARLAND, David. Punishment and modern society a study in social theory. Chicago, University of Chicago Press,] 1993 [1990].

GOLDSON, Barry; HUGHES, Gordon. Sociological criminology and youth justice: Comparative policy analysis and academic intervention. Criminology and Criminal Justice, v.10, n. 1. p. 211-230, maio, 2010. Disponível em: <http://crj.sagepub.com/content/10/2/211.abstract>

KOERNER, Andrei. Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norteamericano. BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n. 63, p. 63-86, 2007.

MARX, Karl. Theories of Surplus Value. Moscou: Progress Publishers, 1968 [1893].

MÉNDEZ, Emílio García. Infância e Cidadania na América Latina. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1998.

MICELI, Sergio. Prefácio: Materialismo do Simbólico. In: BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 19-26.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". Lua Nova, n.79, pp. 15-38, 2010.

MUNCIE, John. International Juvenile (In)justice: Penal Severity and Rights Compliance. International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, v. 2, n. 2, p. 43-62, sep. 2013. ISSN 2202-8005. Available at: <https://www.crimejusticejournal.com/article/view/107>. Acesso em:

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo Tribunal Federal – a dimensionalidade da votaçãoIn: ANPOCS, 2008, Caxambu. Anais do 38º Encontro annual da ANPOCS, 2014. Disponível em: http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8988&Itemid=217. Acesso em: 27 mai. 2016.

PAES, Vivian. RIBEIRO, Ludmila. Produção acadêmica sobre práticas de segurança pública e justiça criminal: estudos empíricos sobre instituições, interesses, decisões e relações dos operadores com o público. Confluências, v. 16, n. 3, p. 09-33, 2014. Disponível em: http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/414/304. Acesso em: 27 mai. 2016.

PASHUKANIS, Evgeniĭ Bronislavovich, General Theory of Law and Marxism. Londres: Academic Press, [1924] 1980.

PIRES, Álvaro Afonso Penna de Oliveira. Responsabilizar ou punir? A justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o “sentencing”: disparidade, punição e vocabulários de motivos. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, p. 174-191, 2015. Disponível em: http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/81/73. Acesso em 27 mai. 2016.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. Punishment and social structure. New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, [1939] 2003.

SCHUBERT, Glendon. The study of judicial decision-making as an aspect of political behavior. American Political Science Review, v. 52, n. 4, p. 1007-1025, 1958. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1951981?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 27 mai. 2016.

SEGAL, Jeffrey. SPAETH, Harold. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Cambridge University Press, 2005.

VARGAS, Joana Domingues; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Estudos de Fluxo da Justiça Criminal: Balanço e Perspectivas In: ANPOCS, 2008, Caxambu. Anais do 32º Encontro annual da ANPOCS, 2008. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2351&Itemid=230. Acesso em: 27 mai. 2016.

VASCONCELLOS, Fernanda. Bestetti de. A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

WACQUANT, Loïc. Punishing the poor: the Neoliberal Government of Social Insecurity. Duke University Press, 2009.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO

CANOAS, 2016.

PESQUISA EMPÍRICA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: (RE)CONSTRUINDO EXPERIÊNCIAS

Priscila Vargas Mello[1]
Joana Coelho da Silva[2]
Dani Rudnicki[3]

RESUMO: Este estudo analisa as barreiras "institucionalmente" impostas aos pesquisadores da prisão e da justiça. Para tanto, parte-se da experiência no desenvolvimento de pesquisas empíricas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP) e em varas criminais de Porto Alegre, entre os anos de 2013 a 2015, utilizando-se técnicas de revisão bibliográfica, observação e entrevistas. As barreiras encontradas na prisão e na justiça vão além da autorização inicial para o desenvolvimento da pesquisa. A entrada no campo, a conquista de espaço, a reflexão para resistir e tencionar as relações de poder que se desenvolvem nos espaços são (re)negociadas diariamente. Além da dificuldade burocrática para conseguir a aprovação dos órgãos reguladores e dos comitês de ética, o pesquisador enfrenta obstáculos impostos pelas relações que se estabelecem com os indivíduos observados. O pesquisador também pode ser visto de diferentes formas: como um inimigo dos operadores jurídicos e profissionais que ocupam o espaço da prisão e da justiça criminal; como alguém que proporciona "mais trabalho" para ser administrado nesses locais; ou, ainda, como aquele que registra histórias e experiências de vida, capaz de suprir, de certa forma, a carência de justiça sentida pelo interlocutor.

PALAVRAS-CHAVE: pesquisa empírica. Direito. Barreiras. Prisão. justiça.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo consiste em apresentar as barreiras impostas às pesquisadoras e aos pesquisadores que desenvolvem seus estudos no espaço da prisão e da justiça criminal. Isto é, a partir da experiência advinda de diferentes pesquisas empíricas realizadas na prisão e na justiça criminal constatamos que: as barreiras identificadas durante a construção das pesquisas prisionais vão além da dificuldade de alcançar a autorização inicial para o início das atividades. A entrada no campo, a conquista de espaço, a reflexão para resistir e tencionar as relações de poder que se desenvolvem nos espaços são (re)negociadas diariamente.

Para desenvolvimento dessa análise partimos dos registros de campo efetuados pelos pesquisadores durante a realização de pesquisas empíricas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP) e nas varas criminais do Foro Central de Porto Alegre, entre os anos de 2013 e 2015. A *pesquisa 1* consistiu na análise do acesso à justiça das mulheres aprisionadas na instituição prisional já referida, o objetivo geral consistia em verificar como as mulheres aprisionadas percebiam o seus direitos frente aos operadores jurídicos e o desenrolar de seus processos penais, bem como analisar a efetividade de seu acesso a um processo penal de "garantias" (MELLO, 2016). A *pesquisa 2* analisou a realidade vivida pelas agentes penitenciárias lotadas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, a fim de verificar como ocorre a construção do ser agente na PFMP, de que forma a prisonização atua sobre as agentes, e a quais privações as agentes penitenciárias estão expostas em decorrência do desenvolvimento do seu trabalho na instituição (SILVA, 2016).

Assim, pretende-se apresentar os percalços que os pesquisadores se depararam ao optar pelo caminho formal para desenvolvimento da pesquisa, ou seja, mediante obtenção de autorização pelos meios oficiais, que, no caso das pesquisas acima referidas, passaram pela análise de uma instituição (Escola do Serviço Penitenciário) responsável pela avaliação de pesquisas em instituições de

1 Mestre em Direito; priscilavargasm@gmail.com
2 Mestre em Direito; jocoelho.s@gmail.com.
3 Doutor em Sociologia; danirud@hotmail.com.

tratamento penal no estado do Rio Grande do Sul e também do Comitê de Ética em Pesquisa da instituição de ensino dos pesquisadores (CEP UniRitter), por se tratar de propostas que envolviam seres humanos. Concedidas as autorizações, passamos a relatar os obstáculos encontrados no desenvolvimento do campo propriamente dito, sejam eles colocados pela característica de fechamento dessas instituições ou por ações pessoais dos atores envolvidos.

2 PROCESSO BUROCRÁTICO DE AUTORIZAÇÃO DA PESQUISA

O desenvolvimento de pesquisa empírica em instituições, especialmente penais, precede de autorização. Para que o pesquisador obtenha tal consentimento, ele pode percorrer dois caminhos distintos, um obviamente mais facilitado do que o outro. Nesse sentido, ele poderá optar por: "[...]trilhar os canais oficiais, pleiteando acesso através de expedientes sempre morosos e com resultados imprevisíveis; ou explorar relações constituídas no interior do aparelho de Estado, simplificando expedientes burocráticos e viabilizando o acesso em menor período de tempo" (ADORNO, 1991, p.19).

Optar pelo caminho que utiliza os canais formais como meio para conseguir autorização, além de mais trabalhoso, pode refletir em alterações no delineamento da pesquisa. Assim explana Fernanda Nummer (2005, p.22-23), ao relatar seu processo de solicitação de autorização que culminou na alteração do grupo a ser pesquisado:

> Este tipo de fracasso nos contatos não oficiais me permitiram compreender que, de alguma forma, estava sendo testada, avaliada, conhecida. Ao longo dessas negociações, surgiu uma série de obstáculos que, por vezes, dificultariam uma análise objetiva do grupo, pois o grupo recorreu à estratégia de evidenciar, através de práticas, o discurso oficializado. Como exemplos desses obstáculos estão: a tentativa de imposição do grupo a ser pesquisado, do recorte de uma realidade do grupo que busca se fundamentar em suas experiências práticas como oficiais; a necessidade da crença de que somente o burocrático, o estatutário, comanda todas as práticas deste universo; a naturalização da hierarquia e a crença de que as instituições militares são mais rígidas em sua organização.

Para o desenvolvimento das pesquisas empíricas aqui referidas optamos pelo primeiro caminho, dessa forma foi necessário submetê-las a dois procedimentos de avaliação, um vinculado ao Comitê de Ética e Pesquisa (CEP) da Instituição de Ensino responsável pelo financiamento das pesquisas e outro pertencente à Escola do Serviço Penitenciário, responsável pela avaliação das pesquisas realizadas nas instituições prisionais do Estado do Rio Grande do Sul.

Em relação à avaliação ética no CEP da Instituição de ensino, percebemos a existência de diferentes entraves para conclusão do procedimento de avaliação ética. É importante perceber que as pesquisas em discussão estavam vinculadas ao mesmo grupo de pesquisa, sob coordenação de um único professor orientador. Portanto, ainda que houvesse certa variação no desenvolvimento das atividades por parte de cada pesquisador responsável (reunião de documentos ou retificações exigidas no corpo do projeto, por exemplo), o fato é que os objetos em discussão estavam inseridos na mesma temática (efetividade dos direitos humanos em unidades prisionais) e foram construídos, salvo questões metodológicas específicas, com o intuito de desenvolver-se uma pesquisa empírica no direito a partir da realidade das mulheres em determinada instituição prisional.

Certamente que os temas em discussão guardam suas especificidades, que os delineamentos das pesquisas foram construídos a partir de inquietações, dúvidas e perspectivas distintas, porém, não podemos desconsiderar que a construção metodológica partia do mesmo intuito de desenvolver uma pesquisa empírica no campo da justiça criminal. Tal detalhamento é importante, pois, ainda que os projetos tenham sido submetidos para avaliação do mesmo CEP e com documentos de identificação e autorização idênticos, a *pesquisa 1* foi rejeitada em fase preliminar, pois a autorização emitida pela

SUSEPE não possuía "firma reconhecida". Tal circunstância atrasou o processo de avaliação ético dessa pesquisa em muitos meses, tendo em vista os períodos de férias, contatos para apresentar pedidos de reconsideração e inclusão da respectiva pesquisa para nova apreciação.

Ainda em relação à *pesquisa 1*, verificamos que o CEP mas exigiu que os pesquisadores apresentassem os documentos de identificação do responsável pela autorização emitida, ou reconhecimento da assinatura por semelhança, ou ainda declaração de veracidade por parte dos pesquisadores. No entanto, a autorização emitida pela SUSEPE foi disponibilizada em dezembro de 2014 e a primeira decisão por parte do CEP da instituição de ensino ocorreu em meados de fevereiro de 2015, período em que os postos estratégicos das instituições públicas haviam sido alterados pela "troca de governo". Para suprir essa questão formal, os pesquisadores apresentaram por escrito uma declaração de veracidade acerca da autorização apresentada, inclusive anexando todos os e-mails de contato com a instituição que havia encaminhado a autorização por e-mail.

Em relação aos requisitos substanciais da pesquisa, verificamos que a principal exigência por parte do CEP consistiu em que houvesse reconsideração quanto à existência de risco na realização da pesquisa e esclarecimento quantitativo de processos criminais que seriam examinados, bem como de atendimentos jurídicos e audiências criminais. A primeira versão do projeto da *pesquisa 1* apresentado ao CEP não previa risco aos participantes, sob a justificativa de que se tratava de uma pesquisa empírica no direito, que utilizaria técnicas de observação e análise de processos criminais, porém sem expor qualquer identificação de seus participantes e mediante uso fictício de nomes para necessária referência textual. Quanto aos processos criminais que seriam analisados, atendimentos jurídicos e audiências criminais a serem observadas, nessa primeira versão não havíamos delimitado um número exato, especialmente porque entendíamos que tais elementos seriam definidos ao longo da pesquisa de campo e conforme critério de saturação das informações. Mas, para que o projeto fosse aceito e submetido à avaliação final, fizemos as alterações sugeridas, estimando quantitativamente as questões solicitadas, bem como reconsiderando o critério de risco, na medida em que a permanência do pesquisador no ambiente observado poderia alterar a postura dos participantes e, por consequência, influenciar no resultado da pesquisa.

UNILASALLE CANOAS-RS

Consideramos que exigências dessa natureza representam um entrave ao pesquisador. Isso porque, por mais que se trate de exigências pontuais, que de fato foram "corrigidas" rapidamente, influenciaram no tempo de análise do projeto por parte do CEP, atrasando mais uma vez o processo de avaliação. O tempo para a pesquisa empírica é fundamental, ainda mais pelo fato de que o desenvolvimento do campo nunca é linear, ele terá que lidar constantemente com entraves que partem dos participantes e das instituições observadas. A pesquisa de campo não exige apenas conhecimento teórico sobre o tema e/ou planejamento para seu desenvolvimento. O projeto de pesquisa consiste na previsão de uma dada trajetória do campo, mas que certamente será alterada e renegociada no dia a dia da pesquisa. Além disso, o pesquisador precisa administrar o registro das informações colhidas no campo, escrevendo seu diário, degravando entrevistas e/ou gravações acerca de ambientes observados. Dessa forma, os entraves formais impostos pelas instâncias administrativas de avaliação podem colocar em risco o próprio desenvolvimento da pesquisa, haja vista o tempo necessário para recolhimento das informações, sistematização e tratamento dos dados e, por fim, escrita do trabalho teórico.

No que tange aos apontamentos do CEP à *pesquisa 2*, o Colegiado solicitou esclarecimentos aos pesquisadores acerca da presença de afirmações que "pareciam ser conclusivas". Em resposta, coube informar que uma vez que se tratava de projeto de pesquisa, a redação do seu marco teórico foi baseada em pesquisas realizadas sobre o tema. Uma vez que se está solicitando a autorização para a realização de um estudo, a intenção é verificar se o que foi constatado em outras pesquisas se aplica ou não à realidade da Penitenciária Feminina Madre Pelletier, de forma que não havia como se definir previamente os seus resultados. O que poderia haver eram expectativas de resultados, hipóteses, que

seriam confirmadas ou não, eis que se tratava de referencial teórico com referência sistematicamente indicada. Ainda, dentre os apontamentos que motivaram pendência de autorização, um deles consistiu no fato de que o avaliador não analisou todos os documentos anexados ao projeto de pesquisa. Verifica-se assim, que se trata de análise subjetiva, de forma que as questões poderiam ser consideradas inadequações ou não conforme a perspectiva do avaliador. Para evitar mais atraso no desenvolvimento da pesquisa, optamos por responder a todos os apontamentos, inclusive os que não geraram a pendência. Evitando assim, que no futuro novas questões fossem apresentadas.

Por conseguinte, em relação à avaliação ética realizada pela escola da SUSEPE verificamos dificuldades no tempo para avaliação do projeto e em relação às exigências que não seguiram uma avaliação coesa.

Quanto à *pesquisa 1*, embora informados de que o projeto seria analisado no prazo máximo de quarenta e cinco dias, a avaliação perdurou por mais de noventa dias, o dobro do tempo estimado. Por conseguinte, além da demora, o projeto foi analisado por diferentes profissionais, em numerosas etapas e, de acordo com as "retificações" exigidas, percebíamos que não havia continuidade entre as etapas de avaliação. Inclusive, parte das alterações elencadas guardava vinculação com as técnicas e delineamento metodológico desenvolvido pelos pesquisadores, ou seja, não se relacionavam com questões éticas, mas sugeriam alterações na estrutura do trabalho.

Quanto à *pesquisa 2*, um dos apontamentos referidos tratou-se de que: "Em leitura global do Projeto, podemos observar algumas afirmativas sobre os sujeitos/presos que não pesquisados diretamente que sem alguma contextualização e/ou escrita posterior da autora e/ou bibliográfica, podem dar margem a tendenciosidade". Em resposta ao apontamento, informou-se que se tratava de difícil questão a ser analisada por considerar possibilidade futura ("podem dar margem"), vez que se refere a um projeto de pesquisa, em que a escrita do trabalho estava ainda em desenvolvimento, não se tratava de texto definitivo. Dessa forma, não poderia a avaliadora prever qual delineamento teria a pesquisa, de forma que assim o fazendo tornar-se-ia tendenciosa. Ainda, os referidos "sujeitos/presos" nem se encontravam sob objeto de análise, vez que a pesquisa tinha em seu foco exclusivamente questões referentes às agentes penitenciárias e a relação de sua rotina laboral com a violação dos seus direitos.

Por conseguinte, sanadas todas as "irregularidades", percebemos que isso não era o suficiente. Além dos meses necessários para autorização do desenvolvimento das pesquisas, as negociações foram renovadas, desta vez, com a direção da casa prisional. Foi difícil para os pesquisadores conseguirem agendar um horário com a direção da Madre Pelletier. Durante uma semana foi necessário ligar em horários diferentes, tendo em vista que o contato por e-mail não foi exitoso. Agendado um horário para reunião, os pesquisadores compareceram à penitenciária levando cópia dos projetos e pareceres favoráveis para darem início aos seus estudos.

A partir dessa síntese, se mostra interessante a reflexão de Luís de Oliveira (2004) quando propõe a diferença entre pesquisas com seres humanos e em seres humanos. As pesquisas em seres humanos correspondem aos estudos das áreas médicas, nos quais os indivíduos tornam-se cobaias para teste de medicamentos, por exemplo. A pesquisa com seres humanos corresponde aos estudos das ciências sociais e humanas, nos quais as pessoas são atores em um determinado contexto social a ser estudado. Desta forma, estabelecer critérios a partir dos parâmetros utilizados pelas ciências da saúde representa uma pretensão de ética universal, desconsiderando as peculiaridades do método das ciências sociais e a constante necessidade de negociação para construção de um trabalho empírico.

Assim, verificamos que o primeiro entrave se relaciona com a burocracia para autorização do projeto de pesquisa, demoram-se meses para acessar efetivamente a autorização para início do estudo. Exigem-se dos pesquisadores alterações em seus projetos que não guardam relação com a ética na pesquisa, além de outras retificações formais que atrasam em muito tempo a avaliação ética da pesquisa e, consequentemente, a ida dos pesquisadores ao campo.

3 AUTORIZAÇÕES DIÁRIAS REAFIRMADAS NA PRÁTICA

Superados os obstáculos para autorização do projeto, o pesquisador se depara com o início do campo. Embora o projeto esteja delineado e os roteiros de observação e entrevista fixados, a primeira percepção é de que projetamos nossa pesquisa a partir de intuições. Elas podem, muitas vezes, derivar da experiência e vivência do pesquisador no local eleito para realização do campo. Por exemplo, os pesquisadores julgavam conhecer o local a ser observado (prisão feminina e Foro Central) em face da participação em grupo de extensão realizado durante dois anos na Madre Pelletier e militância na advocacia criminal. Tais experiências contribuíram para o desenho inicial dos roteiros, seja no que se refere à observação estrutural das instituições eleitas, seja em relação aos instrumentos para entrevistas, análise de processos e escrita do diário do campo.

No entanto, o delineamento é construído a partir de intuições e percepções prévias que, de fato, não encontraram respaldo na realidade. A entrada no campo, a conquista de espaço, a reflexão para resistir e tencionar as relações de poder que se desenvolvem nos espaços foram ocorrências diárias. A autorização do projeto pelo CEP da instituição de ensino e a autorização da instituição responsável pela administração da prisão não são suficientes para viabilizar o estudo. Faz-se necessário ir até a instituição eleita, apresentar-se à direção, insistir para ser recebido, para que seja marcada uma reunião na qual o pesquisador apresentará seus objetivos e possa, naquele momento e estabelecer relações de confiança com as pessoas que poderão (ou não) viabilizar a sua entrada e permanência no campo.

Sérgio Adorno (1991, p.20-21) ressalta a importância de o pesquisador "vender a ideia da pesquisa" e a importância de seu desenvolvimento à autoridade competente para autorizá-la, de forma que se demonstre "os benefícios que traria ao poder público e à sociedade".

Após a permissão ser concedida, enfrentou-se ainda a postergação do início devido a questões estruturais como falta de efetivo de funcionários, chegada de turmas de novos servidores concomitante com a data agendada, etc.

Assim, um dos pontos mais importantes refere-se à seguinte questão: a autorização para desenvolvimento da pesquisa na prisão (a qual, como visto, envolve procedimento moroso) é insuficiente para o trabalho de campo, as relações de confiança com a direção, mulheres presas e personagens da justiça (neste contexto, agentes penitenciários, defensores públicos e servidores) são primordiais para garantir a permanência no campo e acesso às informações. Ainda assim, as relações de confiança não são conquistadas com todos os interlocutores, em certas oportunidades o pesquisador se desloca à instituição punitiva e sua entrada é obstada, ou quando autorizada, limitada a certos locais, restringindo o acesso a informações que podem influenciar no curso da pesquisa. Fazer pesquisa na prisão implica em insistência por parte do pesquisador para ultrapassar todas as barreiras impostas:

> Se a negociação com o campo é uma questão chave para qualquer etnografia, ela adquire uma especial dimensão no espaço carcerário. Primeiro, porque nas prisões existem muitos segredos, os quais desde uma perspectiva foucaultiana são formas de poder político; por isso, evita-se a todo custo que eles sejam revelados a alguém estranho a esse espaço.
> [...]
> O processo para conseguir autorização de entrada nas penitenciárias não obedece a uma lógica linear, e suas decisões não tem força definitiva, estando sempre sujeitas às intempéries sociais e às conjunturas políticas. Logo, a condição de permanência do pesquisador no cárcere é sempre precária e provisória. Isso exige que o pesquisador adapte seu projeto de pesquisa às restrições institucionais. (BRAGA, 2014, p.53).

Pedro Rodolfo Bodê de Moraes corrobora com entendimento sobre o fechamento dessa instituição para a pesquisa:

> Quem pesquisa em prisões sabe o quanto é difícil realizar o trabalho nessas instituições fechadas, nas quais são acionados elementos adstritos à segurança, seja por possíveis ameaças à integridade física do pesquisador, seja em função da quebra de rotina pela presença de alguém externo a ela. É interessante observar que parte das dificuldades impostas à entrada do pesquisador diz respeito também aos segredos que as rotinas institucionais encerram e que não podem ou não devem ser observadas. Assim, pode-se dizer que nenhuma instituição (família, escola etc.) é completamente aberta e que aquelas que lidam com a associação entre segurança e segredo são mais fechadas que as demais. Porém, as que agregam à segurança e ao segredo as funções de isolar indivíduos do convívio social e de segregá-los espacialmente mesmo em seu interior são ainda mais complexas. A prisão é uma instituição que se enquadra neste último tipo. (MORAES, 2013, p.133).

Em relação à *pesquisa 1*, verificamos maiores dificuldades no desenvolvimento do campo. Para destrinchar os objetivos da pesquisa, era necessário que a pesquisadora assistisse atendimentos da defensoria pública na prisão, realizasse entrevistas com as presas, agentes penitenciários e servidores do setor jurídico. No primeiro dia de acompanhamento do atendimento da defensoria pública na prisão a pesquisadora esperou o representante institucional na sala da entrada da Madre Pelletier, muitos agentes penitenciários e outros servidores a viam como "assistente" ou "estagiária". E, de fato, em muitas oportunidades essa identidade de "não pesquisadora" foi utilizada para que pudéssemos registrar o máximo de informações possíveis. Ao longo do tempo, sempre que a identidade de "pesquisadora" era desvelada, certas barreiras eram impostas.

De fato, entendemos que a sistemática de trabalho da prisão é bastante dinâmica. Há constante troca de plantões, alteração de servidores, preocupação com questões de segurança e cuidado para que todos os protocolos de entrada sejam respeitados, circunstâncias que até podem inviabilizar a construção de "laços" que permitam o reconhecimento imediato do pesquisador que vem a participar daquele espaço rotineiramente. Mas uma ponderação se faz imprescindível: o nível de restrições variava de acordo com o "grupo" de agentes penitenciários responsáveis pelo plantão. Assim como muitos profissionais tendiam a limitar a entrada e o trânsito do pesquisador nas dependências da instituição, outros profissionais garantiam total acesso e autonomia para desenvolvimento do campo, permitindo, inclusive, que a pesquisadora entrevistasse as mulheres aprisionadas em local isolado e sem a presença de qualquer agente penitenciário.

Ainda que a recepção não seja unânime na instituição prisional, não se pode desconsiderar que se trata de um grupo heterogêneo. Existem agentes penitenciários que se incomodam com a presença do pesquisador e acreditamos que esteja relacionado ao fato de que a maioria das pesquisas se refere às presas e desconsideram as condições de trabalho dos agentes penitenciários; ou, ainda, porque os pesquisadores estão interessados em ouvir o discurso da mulher aprisionada, sendo que nem sempre esse estaria "de acordo com a realidade", conforme expressão utilizada pelos agentes. No mesmo sentido é a reflexão de Julita Lemgruber (1999, p.12), pois o desenvolvimento de sua pesquisa com mulheres aprisionadas também se deparou com a acusação de que o trabalho que dá voz à categoria subalternizada de um espaço sofre de aspectos tendenciosos, pois os respectivos resultados refletiriam o olhar de determinado grupo e não de todos os envolvidos. Tal crítica foi rebatida pela pesquisadora ao salientar que a preocupação de sua pesquisa, que é, justamente, dar voz às mulheres do cárcere e dar luz às violações que são submetidas, não torna o trabalho tendencioso, tratava-se, desta forma, de opção metodológica, de discurso e pesquisa.

Além disso, a presença do pesquisador pode registrar práticas de violência física ou moral (como ofensas, gritos), práticas naturalizadas pelos interlocutores. Percebemos que as agentes sentem receio de que as versões das histórias sejam contadas sem o aval do "outro lado". Uma das dificuldades do pesquisador consiste em evitar o envolvimento emocional com o público observado, porém, é muito difícil referido envolvimento não acontecer, especialmente no cárcere, quando nos deparamos com situações de violação atinentes a todos os públicos. Como bem ressalta Julita Lemgruber (1999, p.12), "(...) é quase impossível que o pesquisador ao realizar um trabalho na prisão não se veja de alguma forma envolvido emocionalmente com a realidade cruel que presencia e não se veja compelido a adotar determinada posição de valor".

Para desmembrar esta questão, se faz importante assumir a posição de que a responsabilidade do pesquisador no campo não consiste em realizar juízos morais, ainda que seja impossível se desvincular completamente da percepção pessoal construída quando presenciamos violações de direitos humanos, é importante exercermos uma espécie de autovigilância, para fins de que os dados sejam registrados com o máximo de fidedignidade possível. Por exemplo, diariamente a pesquisadora se deparava com relatos de mulheres presas que se sentiam agredidas, violentadas e tratadas como "animais" por determinados agentes penitenciários; da mesma forma, os agentes penitenciários informavam que a maioria das mulheres aprisionadas mentiam quanto a sua condição social e contavam histórias dissociadas do que de fato praticaram.

Quanto ao desenvolvimento da *pesquisa 2*, a presença do pesquisador foi verificada de distintas formas, por diferentes agentes. Via de regra, o pesquisador era bem recebido e teve acesso privilegiado a diversos setores da prisão, circunstância que contribuiu para que os dados fossem colhidos, obtendo-se, na verdade, mais informações do que se imaginava inicialmente. Sendo assim, seu acesso ao interior das galerias e o acompanhamento de perto do trabalho das agentes foi permitido em alguns plantões, até mesmo durante o turno da noite. Tal colaboração por parte das servidoras resulta da forma que elas compreendem o trabalho do pesquisador, ou seja, o reconhecimento da importância do trabalho acadêmico, a valorização do desenvolvimento de uma pesquisa cujo objeto são as servidoras e como isso pode refletir de forma benéfica para a categoria, para a reafirmação de seus direitos.

Todavia, tal recepção não é unânime, de forma que o pesquisador, mesmo com autorização, teve sua entrada proibida em alguns dias de observação. Há quem entenda a presença do pesquisador dentro da instituição como algo que atrapalha a dinâmica de trabalho, refletindo em "mais trabalho" para os agentes, uma vez que, além de não haver efetivo suficiente para a elaboração dos serviços "normais", ainda precisarão se preocupar com a segurança de um estranho que, originalmente, não deveria estar lá. Há ainda quem entenda que a realização de uma pesquisa na prisão é resultado de uma "falta do que fazer" por parte do pesquisador, como se um trabalho de pesquisa não fosse algo devidamente importante e sério.

Apresentar-se como pesquisador de direitos humanos em uma instituição prisional também não é considerado um bom cartão de visita, pois isso reflete diretamente em uma desconfiança inicial por parte dos servidores. Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (2005, p.56) elucida a dificuldade de realizar pesquisas com agentes penitenciários, uma vez que estes acabam desconfiando dessas pesquisas frente ao volume de estudos feitos nessa área, que demonstram uma vitimização do preso em virtude de "uma estrutura social excludente e injusta" e, quando se referem aos agentes penitenciários, o fazem apenas para "reforçar o caráter negativo da instituição". Nesse sentido, eles sempre aparecem generalizados como violentos e corruptos. Para o autor, tais referências são feitas especialmente por pesquisadores das áreas de direitos humanos.

Nos campos institucionais, podemos encontrar certa resistência durante a coleta dos dados e inquietação quando ao que estamos relatando em nossos cadernos de campo. Nesse sentido, Fernanda Nummer (2001, p.22) relata sobre o andamento de sua pesquisa realizada com a Brigada Militar:

> Pude perceber as resistências e o controle do grupo à presença da antropóloga e às perguntas que realizava em várias situações. Primeiro, nas chamadas à sala do Comando, quando os oficiais solicitavam informações sobre o andamento da pesquisa e explicitavam os assuntos que não deveriam ser colocados no meu relatório. É importante destacarmos que este tornou-se alvo de negociações sobre o que seria escrito ou não e de quem teria acesso a ele. Uma espécie de terror à produção de documentos, apesar de eu nunca ter falado que produziria diário de campo e nem o redigia em presença de nativos. Segundo, a realização das fotografias foi negociada desde os primeiros contatos com os oficiais da Escola, porém antes mesmo de iniciar a produção das imagens já havia um certo desconforto em relação aos critérios de seleção deste material.

Em relação às duas pesquisas que servem de base à produção desse estudo, esclarecemos que os pesquisadores não encontraram nenhuma espécie de controle quanto ao que iriam relatar em seus trabalhos finais. Algumas brincadeiras eram feitas quanto aos diários de campo e a curiosidade sobre o que anotavam nele, mas isso não se refletiu em nenhuma restrição a atuação dos pesquisadores. Especialmente em relação a investigadora da *pesquisa 2*, podemos afirmar que com o passar do tempo, sua presença e de seu caderno se tornaram comuns ao ambiente. Nesse sentido, nunca teve problemas, inclusive no início da pesquisa quando o esqueceu na Penitenciária e experimentou a preocupação de ter seus registros analisados pelos agentes, podendo resultar em incômodos e descontentamentos. Por se tratar de uma instituição fechada, não se sabia o que esperar. Ao chegar no dia seguinte, seu caderno estava guardado na portaria com a indicação do seu nome, sem sinais de violação, momento em que a funcionária brincou com a pesquisadora dizendo que perdera a oportunidade de conhecer o conteúdo.

Todavia, mesmo clima de recepção não foi encontrado pelos pesquisadores quando desenvolveram estudos em 2013 (SILVA, 2013; MELLO, 2013). Nessa ocasião, a casa prisional estava sob outra administração. Por andar com um gravador no bolso (que era utilizado para gravar apenas as entrevistas), havia uma preocupação sobre a pesquisadora estar gravando todas as conversas ocorridas nos locais em que observava. Tal preocupação foi posteriormente esclarecida. Além disso, em conversa com a vice-direção, ela foi informada de que deveria apresentar sua redação final à direção da Instituição antes de levar o trabalho à banca avaliadora, a fim de que se verificasse se nenhuma das informações publicadas colocariam em risco a segurança do local.

Por conseguinte, em relação à observação de audiências criminais verificamos que por ser prática comum dos estudantes de direito assistirem audiências para fins de complementação das disciplinas de prática jurídica, via de regra, os cartórios não estranham o pedido para assistir audiências. No entanto, na única oportunidade em que tentamos utilizar o termo de consentimento livre e esclarecido com os operadores jurídicos, o juiz que presidia o ato, após ler o termo, questionou detalhes sobre a pesquisa e, de certa forma, quis impedir a permanência da pesquisadora no ato uma vez que não havia previsão expressa de que audiências de instrução criminal seriam alvo de observação. Diante de um silêncio e de clima constrangedores, a defensora pública que estava presente na sala questionou a todos os presentes se alguém se incomodava com a presença da pesquisadora, haja vista que diariamente dezenas de alunos das faculdades de direito acompanhavam as audiências e confeccionavam seus relatórios. No mesmo sentido, a promotora pública afirmou que não se importava com a presença da pesquisadora. O juiz não assinou o termo e saiu da sala, pois ainda faltavam alguns minutos para o início da audiência que seria objeto de observação. Iniciada a audiência o juiz renovou com todos os presentes se alguém se incomodava com a presença da pesquisadora, como ninguém anuiu, ele permitiu que a observadora permanecesse, mas se negou a assinar o termo de consentimento. A questão que surge a partir disso é a seguinte: se até o momento que a investigadora entregou o termo de consentimento, ela estava no local assistindo outras

audiências, por qual motivo o magistrado questionou sua presença após ler o termo e ter conhecimento de sua existência?

Enfim, embora não se tenha como responder objetivamente, pois qualquer resposta seria baseada em percepções intuitivas, o aspecto mais relevante nisso tudo foi de que após a identidade de estudante ser transformada (ou descoberta) como pesquisadora, o comportamento deste magistrado foi diferente do percebido nas audiências anteriores. Embora ele continuasse a usar termos formais e técnicos com a acusada, que sequer possuía o quarto ano do ensino fundamental, passou a explicar melhor sua função na audiência, perguntou se ela estava grávida, se recebia tratamento médico adequado, se tinha acesso a medicamentos, exames e outros atendimentos especializados à sua condição gravídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As barreiras encontradas na prisão e na justiça vão além da autorização inicial para o desenvolvimento da pesquisa. A entrada no campo, a conquista de espaço, a reflexão para resistir e tencionar as relações de poder que se desenvolvem nos espaços são (re)negociadas diariamente. Além da dificuldade burocrática para conseguir a aprovação dos órgãos reguladores e dos comitês de ética, o pesquisador enfrenta obstáculos impostos pelas relações que se estabelecem com os indivíduos observados. O pesquisador também pode ser visto de diferentes formas: como um inimigo dos operadores jurídicos e profissionais que ocupam o espaço da prisão e da justiça criminal; como alguém que proporciona "mais trabalho" para ser administrado nesses locais; ou, ainda, como aquele que registra histórias e experiências de vida, capaz de suprir, de certa forma, a carência de justiça por parte do interlocutor.

Assim, é necessário que o pesquisador aprenda a lidar com as situações e a reconhecer o estado do campo pesquisado, de forma que aproveite de situações que beneficiem o desenvolvimento da pesquisa para colher o maior número de dados possíveis. Ao se confrontar com situações desfavoráveis, é necessário que não se crie conflitos, quando se depende do retorno ao campo para terminar a coleta, pois eles podem ocasionar o término precoce da pesquisa. Como referido anteriormente, a realização de pesquisa empírica no sistema de justiça criminal envolve a necessidade de autorização diária, uma vez que os procedimentos burocráticos não asseguram o seu desenvolvimento, e o enfrentamento de percalços são impostos diariamente. Nesse sentido, pesquisar essas instituições empiricamente envolve paciência e certo "jogo de cintura" por parte do pesquisador, de forma que consiga concluir o seu estudo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. In: Revista tempo social, São Paulo, v.3, n. 1-2, 1991a. p. 7-40.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Criminologia e prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, n. 1, p.46-62, janeiro, 2014. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/viewFile/4/4>. Acesso em: 15 jun. 2015.

LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos Vivos. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Priscila Vargas. Defensoria Pública: construindo as faces do acesso à Justiça na execução da pena. 2013, 98 f. Monografia (Bacharelado). Centro Universitário Ritter dos Reis – Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2013.

MELLO, Priscila Vargas. As mulheres presas e o acesso à justiça penal: ignorância de quê(m). Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2016.

MORAES, Pedro R. Bodê de. A identidade e o papel de agentes penitenciários. Tempo social, v.25, n.1, p.131-147, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v25n1/07.pdf>. Aceso em: 10 set. 2015.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NUMMER, Fernanda Valli. EM QAP: a experiência do curso de formação na construção de um saber ser soldado da Brigada Militar. 2001. 104 p. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de filosofia e Ciências Humanas da UFRGS, Porto Alegre, 2001.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Pesquisas em versus pesquisas com seres humanos. In: Antropologia e Ética: o debate atual no Brasil. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2004. P.33-44.

SILVA, Joana Coelho da. Efeitos do cárcere: o mundo prisional vivido pelas agentes penitenciárias. 2016. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2016.

SILVA, Joana Coelho da. Transpondo estigmas: o cotidiano das agentes na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. 2013. 93 p. Monografia (Graduação) - Centro Universitário Ritter dos Reis, Curso de Direito, Canoas, 2013..

UNILASALLE
CANOAS-RS

OLIVEIRA VIANNA: IMPORTÂNCIA DE SEUS PARECERES NA CONSTRUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

Nilton Soares de Souza Neto[1]

RESUMO: O artigo tem como objetivo verificar a contribuição de Francisco José de Oliveira Vianna (1883-1951) como um dos protagonistas na criação da legislação sindical e da justiça do trabalho no Brasil. Além de destacar o nível de participação de Oliveira Vianna na elaboração desses projetos, ele participou de amplo debate com atores proeminentes da sociedade civil na década de 1930, como a Igreja Católica, como a corrente liberal paulista, como as lideranças empresariais do Rio de Janeiro e de São Paulo, como também de setores da própria burocracia do Estado Novo, através de publicações em livros e artigos de revistas e jornais. Este cenário é suficiente para que se possa dimensionar a barganha e os arranjos políticos que se realizaram até a conformação final do modelo sindical corporativista do regime de Vargas. A proposta é de destacar a importância dos pareceres jurídicos de Oliveira Vianna, quando exerceu o cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, no período de 1932 a 1940, onde se confrontaram várias questões teóricas que Oliveira Vianna vinha trabalhando desde a publicação de Populações Meridionais do Brasil, em 1920. A análise empírica destes documentos desmonta a concepção de que o corporativismo seria uma "obra de decalque" de qualquer experiência histórica estrangeira. O modelo da legislação trabalhista de Vargas, consolidada depois da saída de Oliveira Vianna do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, não correspondeu ao modelo utópico de Oliveira Vianna. Mas ele deixou um legado que não foi desmontado na sua totalidade e que continua exercendo influência até hoje em outros direitos advindos da Constituição de 1988, como a criação da Justiça Especial Cível e na instituição das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Oliveira Vianna. Corporativismo. Pareceres Jurídicos do Ministério do Trabalho. Indústria e Comércio.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O meu trabalho consiste em examinar os temas relacionados de Oliveira Vianna a sua obra em relação às leis trabalhistas e a justiça do trabalho através de seus Pareceres quando ocupou o cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC).

Apesar de terem sido exaustivamente objeto de atenção dos críticos, sua concepção de corporativismo e as influências teóricas que atuaram sobre Oliveira Vianna, gostaria de ressaltar uma raiz levada em conta principalmente por Alberto Venâncio Filho[2] e depois por Ângela de Castro Gomes[3], a chamada "nova escola socióloga norte-americana" e outra, só considerada por Evaristo de Moraes Filho[4] e Pedro Rodolfo Bodê de Moraes[5], sobre a importância dos pareceres do consultor que estão arquivados na Casa de Oliveira Vianna[6].

---

1 Sociólogo e mestre em Sociologia e Direito pela UFF, niltonsoaresdesouza@gmail.com

2 VENÃNCIO FILHO, Alberto. Introdução. *In*: Problemas de direito corporativo. 2. ed. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1983, p. 11-22. (Biblioteca do pensamento político republicano, 16).

3 GOMES, Ângela de Castro. A práxis corporativa de Oliveira Vianna. BASTOS, Élide Rugai: MORAES, João Quartim de (orgs.), *ibidem*., 1993, p. 43-61.

4 MORAES FILHO, Evaristo de. Oliveira Vianna e o direito do trabalho no Brasil. Revista LTr. São Paulo, v. 47, p. 1033-1048, set. de 1983.

5 MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Oliveira Vianna no Ministério do Trabalho. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 9, p. 129-148, 1997.

6 A Casa, localizada na alameda São Boaventura n. 41, no bairro do Fonseca, foi adquirida pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, em 1955, e transformada em Fundação Oliveira Vianna pelo decreto n. 5.317, de 16 de abril de 1956e hoje é administrada pela FUNARJ.

Assim, pretende o trabalho, a partir de alguns pareceres destacados do universo de aproximadamente cinco mil documentos, debater algumas questões que ainda são pertinentes no Direito do Trabalho e como se deram alguns debates que os pareceres ilustram para termos ideia dos dispositivos que se incorporaram na CLT e nas Constituições posteriores,principalmente a de 1946 e de 1988.

Oliveira Vianna chegara ao Ministério com quase 50 anos de idade e já com sua filosofia social praticamente concluída. A sua obra historiográfica e a ciência política já havia lhe inspirado uma orientação a seguir. Em todos os seus livros, desde o primeiro de 1920, fixou-se o autor naquilo que denominou de falta de instituições de solidariedade social entre nós.

Vou me deter nas fontes do seu pensamento político e jurídico que o inspirou para elaborar o projeto de Justiça do Trabalho e o subsídio para o seus pareceres.

Oliveira Vianna, taxado de fascista pelos liberais como Waldemar Ferreira e outros menos ilustres que o provocam nos jornais da época, procurou sua fonte nos EUA. Não buscou na tradição norte-americana, engessada em jurisprudências que vinham desde os tempos dos Tudor da velha Inglaterra, por outro lado, nada de seu pensamento e de suas obras se aproximam do corporativismo italiano e muito menos o modelo sindical que ele propunha se distancia desse modelo fascista.

Vianna bebeu nas fontes mais contemporâneas dos EUA que estavam revitalizando o direito norte-americano, o centro do seu pensamento dialogava com Moses Aronson, que dirigia a revista que divulgava e debatia os pontos de vista da "Nova Escola sociológica norte-americana. Estas fontes não foram copiadas, como se diz que ele fez da Carta de Lavoro, esta foi copiada para se tornar a Constituição de 1937, empreendida por Francisco Campos. Na Casa de Oliveira Vianna se encontram as cartas comprovando o debate que Oliveira Vianna tinha com Moses Aronson debatendo o pensamento do Juiz Brandeis, da Suprema Corte dos EUA.

Mas do corporativismo, Vianna se preocupava com os sindicatos. Ele concebia os sindicatos como instituição da sociedade civil mais relevante do que os partidos, destes ele dizia que eram facciosos e não demonstravam interesse público pelo nosso país. Da Constituição classista de 1934 ele considerou um avanço ter incluído como representantes da sociedade civil no Poder Legislativo, os sindicatos.

Não dará para debater neste artigo com profundidade a influência doJuiz Brandeis no projeto de Oliveira Vianna, mas queremos destacar citações de um artigo que ele dedica ao Juiz Louis DembitzBrandeis:

> Entre estes rebeldes, estes reformistas, estes inovadores, na linha de vanguarda, com a ardência e a combatividade, que lhe vinha talvez da sua ascendência eslava, estava Louis Brandeis.
> Poucos reagiram naquela Corte, com mais vigor que ele, contra o raciocínio jurídico abstrato ou mecânico, contra esta subordinação sistemática ao caso julgado e à letra da lei. Foi ele quem levou, pela primeira vez, para o ambiente da Suprema Corte, e para a fundamentação de seus acórdãos, os dados estatísticos, as curvas de preços e salários, os coeficientes demográficos, os "inquéritos" e as observações feitas in loco - e o resultado das mais vastas e inquietantes sondagens da alma e da vida das massas.
> Brandeis, porém, não se excepcionalizava, na Suprema Corte, unicamente por esta metodologia interpretativa; mas também, pelas suas atitudes e convicções políticas. Ele era considerado, nos meios americanos, como um homem de extrema esquerda - um socialista avançado, suspeito às classes ricas, aos grandes industriais, à poderosa plutocracia financeira de Wall Street. (...) (VIANNA, 1974,p. 116-117)

Queremos contestar as fontes do pensamento jurídico de Oliveira Vianna que estaria baseado em Manolïesco, a nosso ver, é mais coerente atribuirmos à Vianna a influência da escola norte-americana, do que a influência húngara ou a da Itália de Mussoline. Gomes (1993. p. 43-63)aponta

com riqueza, que esta seria a fonte jurídica fundamental de Vianna para a construção da legislação social dos anos 30.

Apesar de Moraes Filho lhe atribuir um perfil autoritário reconhece o valor de Vianna na defesa dos interesses dos trabalhadores. Da ação de Oliveira Vianna como Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Evaristo de Moraes Filho (1983, p. 1041) comentou:

> [...] se em matéria de direito coletivo, a sua pregação levada à sufocação das livres manifestações a das entidades sindicais em todos os seus graus, subordinando-as diretamente à política a aos interesses do governo; em matéria de direito individual representou ele um papel altamente progressista e protetor dos trabalhadores, de criador e inovador da legislação social.

2 DESENVOLVIMENTO

Oliveira Vianna desenvolve a sua ideia de corporativismo em "Problemas de direito corporativo"[7]. O livro reúne uma série de sete artigos publicados originalmente no Jornal do Comércio em defesa do projeto de organização da Justiça do Trabalho, elaborado por uma comissão de técnicos do Ministério do Trabalho e enviado à Câmara dos Deputados em 1935. Este projeto, conforme procedimento usual foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça- que examinava a constitucionalidade das propostas de lei - e recebeu "uma larga crítica do então deputado Waldemar Ferreira, insigne tratadista de direito comercial e professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo" (VIANNA, 1983, p. 20)

De forma muito resumida e no essencial, o projeto foi considerado inconstitucional, dado o caráter fascista, segundo Waldemar Ferreira, de vários de seus dispositivos. A divergência central referia-se à competência atribuída à Justiça do Trabalho (como a de estabelecer tabelas de salários e normas reguladoras das condições de trabalho), o que feria o princípio constitucional da separação dos poderes.

A questão jurídica *tout court*, naturalmente, não escondia uma disputa política maior que marcara os debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1934, e que prosseguia acirrada nos anos seguintes. O palco em que ela se encerrava, neste caso específico, era o do Direito do Trabalho, ramo novo no pensamento jurídico e que oferecia oportunidades valiosas para discussões acerca da concepção do Estado moderno e de seu papel social; da flexibilidade dos regimes políticos; e da necessidade de novos órgãos administrativos que atuassem com a participação direta das "classes econômicas".

Evaldo Amaro Vieira, no livro Oliveira Vianna e o Estado Corporativo: um estudo sobre corporativismo e autoritarismo (1976), considerava que as principais fontes de Oliveira Vianna na sua concepção corporativa e, consequentemente, autoritária, como o subtítulo da obra se refere, seriam as obras de Manoïlesco, Perroux, Pirou e Panunzio, autores do corporativismo fascista. Vieira não considerou a influência de Laski, pensador socialista inglês e um dos teóricos do Partido Trabalhista Inglês que é largamente citado na obra de Oliveira Vianna, dando a entender por Vieira, que foi citado como que para despistar a base autoritária de seu corporativismo presente nos primeiros autores.

Interessante é observar a conclusão do capítulo às fontes do corporativismo de Oliveira Vianna:

---

7 VIANNA, Oliveira. Problemas de Direito Corporativo. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938._____. Problemas de Direito Corporativo. 2. ed. Introdução de Alberto Venâncio Filho. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1983. (Biblioteca do Pensamento Político Republicano)

> Retirarmos, a partir daqui, a conclusão do capítulo. A primeira impressão de quem analisa as relações entre Oliveira Vianna e Manoïlesco logo se desfaz, porque deste último ele só assume o corporativismo, recusando explicitamente teórica. Como em Manoïlesco, rejeita também em Panunzio a identidade entre o Estado Corporativo e o Estado Totalitário, embora assimile a proposta de levar o "sentimento do Estado" ao povo brasileiro, a projeção da autoridade estatal sobre os cidadãos. Perroux oferece-lhe as inovações da convenção coletiva e do poder fiscalizador do Estado. Mas, como foi exposto, nem o caráter de Estado colaboracionista de Perroux, nem o de fiscalizador de Pirou, tiveram qualquer interesse para Oliveira Vianna. Excluindo as citações bibliográficas de Laski, sobre a doutrina liberal e as transformações do Estado Moderno, demonstramos as mutações operadas no sentido do pluralismo democrático, bem como no conceito de "organização de informação". Estava concluído o quadro: as corporações representam o papel de mediação entre os dois países (a fusão do país real com o país legal, cuja separação era sempre criticada ao referir-se ao liberalismo), sob a direção de um Estado forte, que submete a liberdade ao princípio da autoridade. Tal Estado Corporativo, sem qualquer tipo de partido, mesmo único, e sem ideologia organizada, é um Estado Autoritário, propício ao Brasil.(VIEIRA, 1976, p.68-69)

Esta conclusão só fez mera menção anterior no capítulo de que; "As referências à Escola sociológica do direito (expressas radicalmente através do Realismo Jurídico Norte-americano), são abundantes na obra de Oliveira Vianna, normalmente endereçadas à Brandeis." (VIEIRA, 1976, p.64). No entanto, Vieira só faz uma superficial análise desta influência, afirmando que Oliveira Vianna se apropriou de Brandeis quando, consagrando-lhe o "individualismo grupalista", as relações entre solidarismo e corporativismo e, por fim, o intervencionismo estatal pregado por ele. "A concepção de sindicato para Brandeis representa democracias em miniatura, onde a organização sindical retrata verdadeiro centro de debates sobre temas de interesse profissional. Sobre estas ideias paira, no entanto, a concepção de individualismo grupalista". A liberdade individual somente se manterá se o Estado intervir como equilíbrio entre o indivíduo e as grandes entidades capitalistas. Mas, para isto, o indivíduo deve ingressar no seu profissional, notando-se aí a inclinação de Brandeis para o sindicato e para a corporação, como instrumentos capazes de assegurar, ao mesmo tempo, a liberdade individual e a liberdade econômica. Sublinhamos neste ponto o individualismo de Brandeis, de essência diversa, como explica Oliveira Vianna: "O individualismo de Brandeis é de outro tipo, é o que poderíamos chamar de individualismo grupalista ou corporativo. Este é que é, para mim, o traço original de sua concepção social e política. Para Brandeis com efeito, é no grupo que o indivíduo pode realizar-se na sua plenitude." (VIEIRA, 1976, p.64). No entanto, GOMES (1993, p. 44), considera que a influência da escola sociológica norte-americana, foi fundamental:

> Foi fundamental porque de lado, permitiu a Oliveira Vianna rechaçar as acusações de que instituições corporativas eram sinônimo de fascismo, sendo incompatíveis como qualquer outro tipo de regime político. Ora, o exemplo dos estados Unidos, sob o New Deal, possibilitava a utilização do paradigma do país mais liberal e democrático do mundo. Para um pensador autoritário como Oliveira Vianna esta era uma evidência de grande força política, como se pode facilmente depreender. Certamente esta foi uma das razões que o conduziam a buscar constantes exemplos na experiência histórica daquele país, embora recorresse também a muito outros, até mesmo à Nova Zelândia.

São as afirmações acima, no meu entender incorretas, sem ter o propósito de lhes atribuir má fé, pois resultam em primeiro lugar, da ignorância quanto aos princípios do Direito. Na verdade Brandeis, na defesa do realismo jurídico, não deseja o tipo de justiça a que se refere ligeiramente Evaldo Amaro. O seu empenho e o seu propósito foram no sentido de trazer para as questões jurídicas

o embasamento social que as informa. É celebre a definição destacada por Alberto Venâncio, na introdução do livro Problemas de Direito Corporativo, da definição de *Brandeisbrief*, em que para a solução dos problemas jurídicos, não se limitava à análise dos textos legais, mas trazia os inquéritos sociais, as estatísticas, os levantamentos sociais para, enfim, elementos que deveriam formar o ponto de vista do juiz.

O grande tema de Problemas de Direito Corporativo, como já apontado por Evaldo Amaro, é de tentar uma nova interpretação dos princípios jurídicos que informava a realidade econômica e social. É curioso que, nesse passo, Oliveira Vianna, com a sua atitude aberta a todas as correntes, vai-se apoiar justamente nos autores norte-americanos e nos grandes intérpretes da Constituição daquele país no período de transição da década de 1920 à 1930, que então atravessava.

A meu ver, seguindo a análise de Alberto Venâncio, o que examinara no caso de Oliveira Vianna e se encontra bem claro nas páginas de Problemas de Direito Corporativo era a atuação das corporações do Estado moderno, era assim, uma tentativa de criarem-se órgãos dinâmicos, com a participação das classes econômicas, que pudessem atuar afetivamente no campo da atividade pública. Era no mesmo sentido da ideia dos Conselhos Técnicos e Econômicos a que se refere Oliveira Vianna em obra anterior Problemas de Politica Objetiva, na qual visava a acentuar o conteúdo especializado das decisões do Estado moderno. O caráter "apolítico" da administração em que insiste Evaldo Amaro tem que ser avaliado apenas como a tentativa de tirar o Estado da manipulação dos clãs tradicionais, dos "currilhos" e dos políticos, tradicionais na política brasileira como defensores apenas de seus interesses pessoais, segundo Oliveira Vianna.

Por isso mesmo, quando Evaldo Amaro acentua que no livro em exame e no estudo da organização da Justiça do Trabalho, se encontra mais patente o pensamento corporativista de Oliveira Vianna, verifica-se a fraqueza do argumento, pois, na verdade, a atuação da Justiça do Trabalho, tal como concebida no anteprojeto e que permanece em suas linhas mestras até hoje, é no sentido de dar apenas a representação das classes interessadas na solução dos conflitos que a elas diretamente interessam.

Para compreender, contudo, a gênese e evolução da proteção jurídica dos trabalhadores e o papel de Oliveira Viana nesse cenário, é mister que analise-se primeiramente a Constituição de 1934. Esta, promulgada após uma alteração abrupta nas relações de poder vigentes à época, inaugurou em seu texto constitucional a legislação do trabalho.

Compreendida a Constituição de 1934 e apropriando-se de pareceres prolatados por Oliveira Viana enquanto consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, torna-se possível mobilizar as referências elementares para a construção da legislação trabalhista, em especial a famosa Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Uma vez estabelecida a legislação trabalhista, surge, então, problemáticas que englobam desde a possibilidade de renúncia desses direitos recém recepcionados pelo ordenamento jurídico até a luta efetiva de organizações sindicais para efetivação das normas do trabalho. Não obstante, às margens da luta entre as classes, ainda há espaço para que se investigue o desprestígio que a Justiça do Trabalho possuía quando nos primeiros momentos de sua origem. Assim, encontra-se nos pareceres de Oliveira Viana a materialização desses e muitos outros conflitos que não apenas atravessam a história do pensamento jurídico-político no Brasil, mas sim atuam na própria formação de toda uma justiça especializada no trabalho.

No íntimo, a estrutura profunda das intenções deste trabalho é uma polêmica contra a ideia de que o projeto corporativista de Oliveira Vianna era fascista. Quero problematizar estas questões, articulando-as com o direito e as ciências sociais. Muitos trabalhos se lançam a estas questões, mas estas ficaram estritas no âmbito da discussão política, principalmente sobre a concepção do pensamento autoritário de Oliveira Vianna.

Ao estudar as fontes do Direito em que Oliveira Vianna se baseou nas suas obras e nas escolas e movimentos do Direito, do chamado Direito Social, que estavam refletidas nas mudanças sociais do início do século XX.

"Sociologizando" o Direito, Oliveira Vianna concebia-o como algo vivo a ser construído e reconstruído incessantemente a partir do movimento das sociedades, de seus interesses, sua estrutura e necessidades (VIANNA, 1938, p. 15-7 e 28).

Ao mundo jurídico cabia responder às modificações, reconhecendo as novas fontes de normatividade da sociedade e absorvê-las dando-lhes unidade de estatuto jurídico.

Tratava-se, portanto, de proceder a um reordenamento legal, em nome da preservação e eficácia da própria lei. Constituindo-se como leis vivas que se vinham impondo de modo "tão eficiente", tão imperativo e coercitivo essas novas fontes de normatividade assumiam uma força legal que se equipava à força legal do Estado (VIANNA, 1938, p. 23). Cabia ao Direito, portanto, elaborar uma moldura legal capaz de abrigar este mundo normativo que estava sendo criado muitas vezes em oposição até mesmo à lei do Estado.

O Direito Corporativo vinha sendo desenvolvido de forma a incorporar essa normatividade original no mundo privado e os novos atores sociais, com seus interesses e força, portadores de direitos também inteiramente novos, não mais na natureza individual mas coletiva.

Incorporar esses atores – cartéis, associações, corporações e federações - seus direitos e as normas por eles estabelecidas implicava conceber o Direito como algo mais abrangente, vivo, maior que a própria lei enquanto norma positiva e formal. O Direito não podia mais se resumir à lei, ou à sua letra.

Esse Direito não criava normas. Sua tarefa era dar unidade e estatuto jurídico às normas criadas pelos atores sociais já constituídas como lei do próprio grupo e instrumento de disciplina e controle dos grupos e de suas relações (VIANNA, 1938, p. 137-42).

Constituiu o nosso povo-massa, nestes quatros séculos de existência, um Direito Público seu, da sua criação própria, e que é o que ele obedece e pratica – porque é o direito da sua tradição cultural. Este Direito se revela por vários "complexos" e se corporifica em "instituições sociais", que lhe dão as características. (VIANNA, 1987, p. 149).

Essa lei de grupo, coletiva, que se vinha impondo cada vez mais ao produtor ou ao trabalhador individual, deveria ser organizada e unificada pelo Direito de forma que ficasse juridicamente estabelecido o direito das categorias econômicas de regularem por si mesmas as suas condições de trabalho (VIANNA, 1938, p. 169).

O Direito assim concebido atrelava-se ao fenômeno real de reorganização do mercado e do trabalho, identificado com o corporativismo.

Em defesa desta concepção, Oliveira Vianna, antecipa uma literatura considerada em geral inovadora, analisando comparativamente tipos de corporativismo e a emergência de instituições corporativas em países democráticos (VIANNA, 1938, p. 28). Sua análise, como ele mesmo diz, documentaria para a história "o primeiro choque visível entre nós" entre duas concepções de Direito: uma individualista, tradicional, que nos vem do Direito Romano, do Direito Filipino e do Direito Francês, através do *Corpus Juris*, das Ordenações e do Código Civil, e a nova concepção, nascida da crescente socialização da vida jurídica, cujo centro de gravitação se vem deslocando sucessivamente do indivíduo para o Grupo e do Grupo para a Nação, compreendida esta como uma totalidade específica. O Direito Corporativo seria este novo conjunto de regras destinadas a codificar os direitos dos grupos e das coletividades.

Em relação aos Pareceres coube a Oliveira Vianna firmar doutrina administrativa e judiciária sobre pontos controvertidos ou não legislados até então, a este respeito, escreveu seu amigo e discípulo Geraldo Bezerra de Menezes (1956):

> Foi este labor consultivo objetivado durante 8 anos em centenas, serão milhares de pareceres que formou o lastro jurisprudencial, sobre qual viria vicejar e florescer a elaboração do nosso direito do trabalho, não apenas nos seu s aspectos formais, como, principalmente no tocante aos seus princípios inspiradores e as diretrizes gerais.
> Não querendo esgotar a minha "análise", com a proposta deste trabalho, quero contribuir com interpretação diversa a que geralmente se atribuí à Oliveira Vianna, através do levantamento dos Pareceres na verificação das teorias dos 1930, na questão da legislação trabalhista e procurar compreender a natureza do mundo jurídico e sociológico das propostas de Oliveira Vianna, oferecendo mais uma interpretação a este universo.

3 PARECERES JURÍDICOS DE OLIVEIRA VIANNA

O cargo de Consultor Jurídico no qual Oliveira Vianna exercia era requisitado pelos ministros do MTIC para todos os assuntos, mas não verifiquei estes pareceres na maioria dos processos que levantei no Arquivo Nacional em Brasília. Ficou a impressão dos pareceres que levantei na Casa de Oliveira Vianna que alguns pareceres nos quais ele versou sobre os processos, não forma incluídos como peças nos processos. Isto é algo ainda a ser comprovado, mas na pesquisa que fiz no Arquivo Nacional DF me deixou esta impressão.

Cabe também definir melhor o papel que a consultoria jurídica exercia e a de Oliveira Vianna em particular.

O contexto de sua entrada no MTIC se deu em 1932 depois da saída de Evaristo de Moraes que trabalhou como consultor durante o ministério de Lindolfo Collor.

Seguem alguns pareceres extraídos do acervo da Casa de Oliveira Vianna:

UNILASALLE CANOAS-RS

3.1 Parecer de Oliveira Vianna sobre competência dos julgamentos dos conflitos trabalhistas na ausência dos órgãos apropriados:

No final do ano de 1937, Oliveira Vianna foi requisitado para esclarecer como deveriam ser julgados os conflitos trabalhistas na ausência dos órgãos apropriados nos Estados da Federação, o que existia era a Junta de Conciliação e Julgamento (JCJ) do Decreto de Chefe de Governo, n. 22.132, de 1932, órgão administrativo composto pelos Juízes Classistas, representantes dos empregados e dos empresários, e por um Juiz Presidente, indicado pelo Governo. Tais Juntas somente foram retiradas do ordenamento jurídico brasileiro em 1999, mediante Emenda à Constituição, que transformou as JCJ em Varas do Trabalho.

As Comissões Mistas de Conciliação foram o embrião das atuais Seções de Dissídios Coletivos, atuando na conciliação e arbitragem dos conflitos coletivos, anteriormente resolvidos como "casos de polícia". A Comissão conduzia as partes ao acordo, podendo executá-lo caso não fosse cumprido. Em caso de conciliação frustrada, lavrava-se ata e encaminhava-se o caso a um juízo arbitral. Novamente inconciliados, o caso seria remetido ao Ministério do Trabalho, para nomeação de comissão específica para solucionar o litígio.

As Juntas de Conciliação e Julgamento, por sua vez, tratavam apenas dos dissídios individuais de empregados sindicalizados. Eram compostas por dois vogais, representantes das classes patronal e laboral, e um presidente nomeado pelo Ministério do Trabalho, a quem as reclamações eram dirigidas. O prazo para recurso era bastante elevado, de seis meses, no qual o Ministro do Trabalho poderia avocar processos, inclusive a requerimento da parte interessada. As decisões eram executadas na Justiça Federal (após 1937, na Justiça Comum), ocasião em que o julgado poderia ser modificado por meio de embargos à execução.

Com este pano de fundo, a Constituição de 1934 viria a refletir as mudanças ocorridas no país, estampando em seu Título IV diversos direitos trabalhistas e anunciando, pela primeira vez, a Justiça do Trabalho como instância competente para dirimir questões entre patrões e empregados.

A Constituição de 1934 criou órgãos do Poder Executivo capazes de dirimir os conflitos decorrentes da relação de trabalho. Em seu artigo 122, *caput*, a Carta Magna dispõe sobre a Justiça do Trabalho, que apesar do nome, não deveria seguir o "disposto no Capítulo IV do Título I", parte esta que versava sobre o Poder Judiciário; e no parágrafo único, menciona a constituição dos Tribunais do Trabalho e das Câmaras de Conciliação, para em seguida informar como serão compostos. De fato, a análise de seus membros indica com clareza que tais órgãos em nada se assemelhavam àqueles do Poder Judiciário, ao apontar que seriam presididos por uma pessoa 'de experiência e notória capacidade moral e intelectual', e que seu colegiado seria eleito 'metade pelas associações representativas dos empregados e metade pelas dos empregadores'. Notoriamente, a competência de julgar, de decidir o caso concreto no Poder Judiciário cabe a um magistrado, cuja legitimação decorre de sua graduação em direito, de sua experiência jurídica e de sua aprovação em concurso público.

A Justiça do Trabalho formulada por Oliveira Vianna é uma peça do corporativismo que o mesmo defendia, esforçando-se na tentativa de construção de um estado corporativo. A aplicação da doutrina em solo brasileiro, que prega a reunião das classes produtoras em corporações sob a fiscalização do Estado, resultou no surgimento de inúmeras organizações representativas de interesses privados, vigiadas pelo governo de Getúlio Vargas. Oliveira Vianna compreendia que o sindicato era o meio efetivo de participação popular no Estado - ele se referia não só aos sindicatos de empregados, como também aos de empregadores. Sua ideia era de que a Justiça do Trabalho deveria ter também competência normativa, para impor uma norma geral e única quando necessário, com vistas a consertar o natural desequilíbrio entre patrão e empregado. E a associação de todos a seus respectivos sindicatos muito ajudava esta concepção: quando trabalhadores deixam de ser considerados indivíduos para serem vistos como membros de um coletivo - o sindicato, em representação da classe -, a Justiça do Trabalho ganha o poder de pautar o comportamento do coletivo, e não apenas do indivíduo. As jurisprudências do futuro tribunal previsto por Oliveira Vianna, aplicável a todos, seria uma resposta à própria realidade do trabalho, coletivo por natureza: não se pode pensar em condições de trabalho que não sejam iguais para toda a classe. Por outro lado, surgem normas que estariam regulando as relações de trabalho por categorias profissionais, daí surge o fundamento para as convenções coletivas e o contrato coletivo de trabalho. Além da valorização da corporação de classe em detrimento do indivíduo, o corporativismo também se expressava na composição paritária do tribunal, e no intervencionismo estatal sob a figura de seu presidente, escolhido pelo governo. Além do corporativismo, podem ser apontadas como características deste sistema julgador de conflitos trabalhistas os ritos breves e simples, os critérios decisórios práticos e maleáveis e o protagonismo da mediação e da conciliação.

O Conselho Nacional do Trabalho editou, em meados de 1934, o seu novo regulamento, acumulando os papéis de fiscalização e punição e acrescentando às suas competências anteriores a função judicante. Delineia-se, assim, uma instância superior de natureza trabalhista, ainda que concorrente do Ministério do Trabalho, que tinha a prerrogativa de avocar processos das Juntas de Conciliação e solucionar os dissídios coletivos originários das Comissões Mistas.

Em 1937, a nova Constituição do Estado Novo ratificou a de 1934, determinando a regulamentação da Justiça do Trabalho por lei própria. Atendendo aos preceitos constitucionais, foi definida em 1939 a organização da Justiça do Trabalho, que contaria, na instância inferior, com as Juntas de Conciliação e Julgamento; na segunda instância, com os Conselhos Regionais do Trabalho e, na última instância, com o Conselho Nacional do Trabalho.

É a partir deste momento que as Juntas de Conciliação adquirem a competência de executar suas próprias decisões; que se inaugura um nível hierárquico intermediário na estrutura organizacional e que se estende aos trabalhadores não sindicalizados o direito de promover reclamação trabalhista.

No parecer Oliveira Vianna considera que era 'estranhável' que não houvesse ainda, no Estado de São Paulo, Comissão Mista nem Junta de Conciliação, passados três anos do comando constitucional original para sua criação em todo o território nacional. "Se assim é, seria o caso de uma providência no sentido de constituírem-se ali tais órgãos judicantes dos conflitos do trabalho, na forma da lei", raciocina Oliveira Vianna. Enquanto a providência não era tomada, se fazia necessário definir a quem competiria provisoriamente resolver as questões trabalhistas em São Paulo. Para dirimir os conflitos individuais, o jurista aponta para os juízes locais, "os mesmos que seriam competentes para a execução dos julgados das Juntas de Conciliação, se estas existissem e houvessem proferido decisão"; para solucionar a lide coletiva, seriam competentes a Inspetoria Regional ou o Departamento Estadual do Trabalho, "através de seus órgãos oficiais, de acordo com o Convênio de 16 de dezembro de 1933".

3.2 Parecer de Oliveira Vianna sobre a renúncia de um juiz da presidência de uma junta de conciliação

A expressão "Justiça do Trabalho" possui seu primeiro fundamento legal através da Constituição de 1934. O que se tinha à época para a resolução dos conflitos frutos de um contrato de trabalho era a atuação das Juntas de Conciliação e Julgamento e para discutir questões cuja intervenção eram feitas pelos sindicatos haviam as Comissões Mistas de Conciliação e Arbitragem.

Não obstante, pouco se discute sobre pontos obscuros relacionados a essa formação controvertida da Justiça do Trabalho. Pelo fato dela não compor de imediato o Poder Judiciário, muitos juízes que já trabalhavam no Judiciário não queriam ser deslocados, ainda que com acumulação de cargos, para a recém criada justiça trabalhista. Outro motivo relevante para os juízes à época se relaciona com o fato da representação classista que integrava a estrutura dessa nova jurisdição.

Ocorreu, então, certo desprestígio durante as primeiras décadas da gênese da Justiça do Trabalho em decorrência dela não compor o Poder Judiciário e de haver influência dos sindicatos na própria estrutura. Oliveira Viana, como consultor jurídico do Ministério do Trabalho, também necessitou lidar com esse problema de depreciação da justiça trabalhista. Em 1934, escreveu um parecer sobre o pedido de renúncia de um juiz da presidência de uma Junta de Conciliação, alegando haver incompatibilidade de cargos em virtude da restrição imposta pela Constituição de 1934. O parecer dispõe explicitamente:

O Sr. Juiz Suplente da 7ª Pretoria Criminal desta Capital enviou ao Sr. Ministro do Trabalho um officio renunciando a presidência da 13ª Junta de Conciliação, por julgar que, em face da nova constituição, os dois cargos são incompatíveis.

Discorrendo sobre a aparente acumulação indevida de cargos, Viana aponta para perfeita compatibilidade entre as funções do Magistrado e a atuação na JCJ. Em um rápido exame da Constituição de 34, oconsultor jurídico concluiu que o cargo de magistrado é incompatível com qualquer outra função pública a não ser no que se refere à Justiça trabalhista. E mais, além de julgar pela compatibilidade, Viana faz um breve discurso sobre a importância desses juízes nessa nova jurisdição que, em virtude do desprestígio da Justiça do Trabalho, não queriam permanecer nela. Intenta, então, valorizar tanto o juiz atuante quanto a função, como forma de dirimir a imagem depreciativa que tal justiça poderia ter tido no início pelos magistrados. Segue outro trecho desse parecer:

> Esta exegese é, aliás, a mais salutar. Excluir os juízes locais da presidencia dos tribunaes de trabalho seria excluir os elementos mais capazes e autorizados para este cargo. Em nosso paiz, só os magistrados, libertos das contigencias de partidos, é que poderão oferecer estas condições de independencia e imparcialidade, indispensaveis ao cargo de presidentes dos tribunais de trabalho. Nas pequenas cidades e nos campos, principalmente, não encontraremos ninguem mais bem qualificado do que o juiz local para exercer condigno desta alta função.

3.3 Parecer de Oliveira Vianna sobre nacionalização do trabalho e restrições ao estrangeiro:

Autoritário, intervencionista, centralizador e corporativista são alguns adjetivos utilizados para descrever o EstadoNovo, não menos importante foi o nacionalismo presente em sua ideologia, aplicado no campo do direito do trabalho através das inúmeras restrições ao exercício de profissões em solo nacional por estrangeiros. Fundamentalmente liberal, a Primeira República não formulou qualquer impedimento ao trabalho de "alienígenas" em empresas privadas; as preocupações com o tema surgiram apenas com a Revolução de 1930, e se mostraram tão intensas que ensejaram a criação de um decreto apenas um mês após a tomada do poder pelos comandados de Getúlio Vargas. Inovador na aversão a estrangeiros, o Decreto nº 19.482/1930 considera que "uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social". Demonstrando sua fé no intervencionismo, o governo provisório decide então limitar por um ano a entrada de alienígenas no Brasil, concedendo permissões apenas a alguns grupos específicos, dentre os quais aqueles que se dispusessem a trabalhar na agricultura. O dispositivo mais impactante, no entanto, não foi este, mas sim o que obrigava todas as pessoas físicas e jurídicas que mantivessem relação com a administração pública a ter suas forças de trabalho compostas por no mínimo dois terços de brasileiros natos.

Não apenas na proteção aos trabalhadores brasileiros, que diariamente chegavam aos montes nas grandes cidades industrializadas, vindos do interior - o processo de êxodo rural já se fazia presente no Brasil da década de 1930[8] -, consistia a justificativa para as restrições aos estrangeiros. Também pode ser apontado o desejo de valorização do nacional, um conceito emergente na década anterior, oriundo das mentes mais progressistas à época, que foi adaptado e apropriado pelo Estado autoritário, em uma tentativa de criar um novo modelo de cidadão capaz de conduzir a reconstrução nacional.

Como consequência deste pensamento, o estrangeiro era visto como estranho, ameaçador e, ocasionalmente, uma questão de segurança nacional. No Sul do Brasil, que recebera grande leva de imigrantes europeus, o governo de Getúlio empenhou consideráveis esforços em reduzir os sinais da cultura estrangeira, impondo seu projeto de uniformização cultural. Na área do trabalho, a nacionalização avançou com a promulgação da Constituição de 1934, primeira carta magna sob a Era Vargas, que em seus comandos do artigo 132 ao 136 previa, entre outras obrigações, que dois terços dos tripulantes de navios nacionais deveriam ser brasileiros natos; que as profissões liberais somente poderiam ser exercidas por brasileiros natos ou naturalizados que tivessem prestado serviço militar no Brasil; e que os concessionários de serviços públicos deveriam ter em sua diretoria maioria brasileira, ou se estrangeiros, conferir poderes de representação majoritariamente a brasileiros.

No início de maio de 1934, cerca de um mês antes da promulgação da Constituição acima referida, Oliveira Vianna se viu convocado a emitir sua opinião acerca da nacionalização da profissão

---

8Prova do êxodo rural da década de 1930 pode ser obtida em um dos 'considerandos' do Decreto nº 19.482/1930: "Considerando que uma das mais prementes preocupações da sociedade é a situação de desemprego forçado de muitos trabalhadores, que, em grande número, afluíram para a Capital da República e para outras cidades principais, no anseio de obter ocupação, criando sérios embaraços à pública administração, que não tem meios prontos de acudir a tamanhas necessidades".

de *chauffeur*. Após obter dois pareceres favoráveis de terceiros, a União Beneficente dos Motoristas Brasileiros decide apresentar a proposta a Oliveira Vianna, de modo a tentar aprofundar o respaldo jurídico do pedido. O consultor do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio mostra total conformidade com a nacionalização proposta, fazendo apenas duas ressalvas importantes. Em sua primeira observação, destaca que os brasileiros naturalizados não devem ser excluídos do plano, porque "num país de imigração como o nosso, o puro nativismo aplicado às profissões seria absurdo; mas, estendendo-se aos naturalizados, não oferece nada de inconveniente. Pelo contrário, parece-me um meio de forçar os alienígenas que aqui vivem, trabalham e muitas vezes enriquecem a integrarem-se definitivamente na nova pátria". No segundo comentário, em trecho mais adiante, afirma que os direitos adquiridos devem ser ressalvados, não afetando, portanto, os estrangeiros que já exercessem a profissão de motorista na data de publicação da futura legislação.

Além da proteção aos trabalhadores brasileiros e construção do homem moderno ideal, Oliveira Vianna fornece em seu parecer uma terceira motivação para os impedimentos ao trabalho do estrangeiro em solo brasileiro - o planejamento demográfico do território. O jurista explica que "esta política nacionalizadora seria mesmo um meio que poderíamos usar para orientar as nossas correntes imigratórias no sentido que julgássemos mais convenientes aos nossos interesses; porque, fechada a porta de certas profissões aos estrangeiros, estes teriam que se encaminhar para as outras que ainda restassem livres. É assim, pela nacionalização de certas profissões urbanas, que poderíamos canalizar a maior massa de imigrantes no sentido dos campos, para a grande obra de colonização e povoamento de nosso imenso território". Ele ainda recorda que o uso deste artifício para planejar a organização social e espacial da população não é uma exclusividade brasileira. Nos Estados Unidos, em vários estados "a legislação respectiva - diz Harrold Field (autor americano) - vai nacionalizando um sem número de profissões, especialmente aquelas para cujo exercício se faz mister um certo preparo intelectual, um regime de exames: médicos, advogados, engenheiros, contabilistas, arquitetos, professores, aviadores, farmacêuticos, pilotos, funcionários públicos". Ao final do texto, apresenta um último argumento, ao lembrar que, no Estado de Nova York, a profissão de *chauffeurs* está nacionalizada.

UNILASALLE CANOAS-RS

3.4. Parecer de Oliveira Vianna sobre cassação de carta sindical

Não há como contar a história do sindicalismo brasileiro sem mencionar a ruptura ocorrida com a chegada de Getúlio Vargas ao poder através da Revolução de 1930. Durante as quatro décadas de existência da Primeira República, as práticas estatais se basearam no liberalismo e na 'questão social como caso de polícia', jargão utilizado contra Washington Luiz pelos partidários de Getúlio Vargas, no entanto foi em São Paulo que se iniciou pela primeira vez uma forma de resolução de conflitos, expressa nos Tribunais Rurais. Instituídos em 1922, na cidade de São Paulo, com a finalidade de dirimir os contratos de locação de serviços agrícolas com os colonos estrangeiros, antigamente de competência dos Juízes de Paz, estes órgãos eram compostos por um juiz de direito, um representante dos fazendeiros e um representante dos colonos. A dificuldade de os colonos se fazerem representar nas sessões constituiu um entrave ao desenvolvimento destes tribunais.Contraditoriamente, trabalhadores tinham liberdade para formular suas associações profissionais com base na Constituição de 1891, mas eram violentamente coibidos pela polícia quando estas associações passavam a fazer reivindicações às empresas. A repressão aos sindicatos se mostrava um trabalho em equipe: em paralelo à atuação da polícia contra movimentos grevistas, o Poder Legislativo tratou de aperfeiçoar o controle de elementos subversivos com a edição de normas como a Lei Adolfo Gordo, de 1913, que facilitava a expulsão de estrangeiros do território nacional - à época, os anarquistas italianos eram uma fonte de preocupação do governo. Em suma, em que pese o Estado permitir a organização sindical liberal (pluralista e autônoma), havia a completa negação do direito de

greve, a impossibilidade da negociação coletiva e a intervenção constante da polícia sobre a movimentação operária. Podemos também destacar que a Constituição de 1937, outorgada por Getulio Vargas, proibiu as greves.

Um panorama completamente distinto emerge na década de 1930, como consequência da implantação de um novo modelo de Estado por Getúlio Vargas. Conforme havia prometido à classe operária nas eleições presidenciais de 1930, o gaúcho dá um destaque até então inédito à questão social, o que se traduz na criação de um consistente sistema de normas reguladoras do trabalho em poucos anos. A estratégia governamental perante os sindicatos não mais seria baseada na repressão violenta, mas sim na intervenção direta destas associações de trabalhadores - o que bem reflete a natureza centralizadora do Estado de Getúlio Vargas. O presidente não pretendia, com esta aproximação entre governo e associações profissionais, atender a todas as reivindicações dos operários, mas sim alcançar a paz social e a relação harmônica entre empregados e empregadores. Para que as expectativas da classe trabalhadora não fossem quebradas, muitos direitos foram a eles garantidos através da Constituição de 1934 e da legislação ordinária que se seguiu, mas o Estado manteve paralelamente uma política de controle interno dos sindicatos para evitar manifestações constantes. A preocupação de Getúlio era nitidamente com a economia nacional, que passava por uma fase de rápida industrialização, e em sua interpretação a cooperação dos operários das fábricas - garantida tanto por meio da concessão de direitos quanto pela força - era essencial para a atração de investimentos em solo brasileiro. Com estas diretrizes, o modelo político posto em prática pelo golpe de estado de 1930 acreditava que conseguiria superar as perturbações sociais, que eram atribuídas ao fracassado liberalismo. No modelo liberal, sustentam, a falta de ação do Estado provocava a insatisfação geral dos trabalhadores, que se viam injustamente desprotegidos contra a exploração de seus patrões.

A ordem social ambicionada por Getúlio Vargas evidentemente exigia o enfraquecimento de lideranças radicais dentro do movimento sindical. Durante a Primeira República, a liberdade de associação permitiu a proliferação de sindicatos das mais diversas ideologias - dos comunistas e anarquistas, de discursos revolucionários, até os 'pelegos', de discurso acomodado e pouca combatividade -, de modo que o Estado autoritário enxergou a necessidade de filtrá-los de acordo com sua conveniência. O plano de combate a ideologias subversivas consistia em controlar e conceder privilégios (aos sindicatos oficiais). Quanto ao controle, a regulamentação dos sindicatos profissionais é marcada por dois decretos principais, promulgados em 1931 e 1934, também conhecidos como primeira e segunda Leis de Sindicalização. A primeira Lei de Sindicalização, ou Decreto nº 19.770, incorporava ao longo de seu texto sinais de forte domínio estatal sobre as associações profissionais. São exemplos o aval necessário do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para adquirirem personalidade jurídica, o envio periódico de relatórios a este órgão, a supervisão de seus delegados na atividade sindical, a aplicação de multas e a medida extrema de fechamento do sindicato ou sua dissolução definitiva. O Decreto nº 24.694, ou segunda Lei de Sindicalização, é lançado quatro dias antes da promulgação da Constituição de 1934, e apenas ratifica grande parte da intimidação estatal, apesar de não prever a atuação do delegado ministerial. Como esperado, a atenta supervisão do governo sobre os sindicatos foi causa de revolta de líderes radicais, que propuseram a suas classes protestos ainda contra a primeira Lei de Sindicalização. De forma a desestimular a adesão a estes sindicatos voltados para ideologias perigosas, Getúlio Vargas decide conferir benefícios aos sindicatos oficiais - que obviamente conseguiram suas autorizações governamentais por adotarem uma posição política serena. São exemplos a concessão de férias apenas a trabalhadores a eles vinculados, através de um decreto de 1933, e a instituição de Comissões Mistas de Conciliação apenas em lugares onde havia associações reconhecidas oficialmente.

Em meio a este cenário de controle estatal, no ano de 1936, Oliveira Vianna foi consultado pela Delegacia do Trabalho Marítimo do Estado da Paraíba para trazer luz à questão da cassação da

carta sindical - e forneceu uma resposta surpreendentemente contrária ao modelo político do Estado Novo, calcado no Poder Executivo centralizador e hipertrofiado. Alega o órgão paraibano que um sindicato até então reconhecido pelo governo não havia se enquadrado na mais recente Lei de Sindicalização, ou Decreto nº 24.694/34, pois seu número de filiados estava abaixo do mínimo legal e seu estatuto não se mostrava em conformidade com as disposições desta norma. Perdidos os pressupostos para a existência jurídica regular do sindicato, procede-se à cassação de sua carta, momento em que surge a dúvida: pode a autoridade administrativa, a exemplo daquela delegacia do trabalho, cassar a carta sindical? Ou a competência para sentenciar o fim do reconhecimento estatal é exclusivamente do Poder Judiciário? Oliveira Vianna não hesitou em negar a possibilidade de cassação pelo Poder Executivo, tomando como base o artigo 39 da referida Lei de Sindicalização: ora, se as associações profissionais adquirem personalidade jurídica no ato de recebimento da carta sindical, logo a cassação desta representa a extinção da personalidade jurídica, ou dissolução do sindicato. E de acordo com o número 12 do artigo 113 da Constituição de 1934, nenhuma associação pode ser compulsoriamente dissolvida senão por decisão judicial. O consultor jurídico ainda lembra que esta garantia constitucional se manteve até mesmo na ditatorial Lei de Segurança, do ano anterior - onde o governo tinha a expressa faculdade de fechar sindicatos que exerciam atividades subversivas, porém deveria acionar o Poder Judiciário para obter a dissolução destas associações.

Interessante observar este parecer de Oliveira Vianna não consegui encontrar no fundo do Ministério do Trabalho no Arquivo Nacional em Brasília o processo em questão para saber se o parecer de Oliveira Vianna foi corroborado pelo ministro.

3.5 Parecer de Oliveira Vianna sobre validade das cláusulas contratuais em que o empregado declara a renúncia de seus direitos e/ou garantias trabalhistas:

UNILASALLE CANOAS-RS

Quando se apresenta uma gama de direitos que beneficiam os trabalhadores em detrimento das arbitrariedades dos empregadores, a primeira questão que se levanta é quanto a renúncia de tais direitos. Como, em tese, não há a possibilidade de se ignorar a lei, a maneira encontrada para burlar a vinculação à legislação trabalhista foi a da elaboração de cláusulas específicas no contrato de trabalho acerca do tema. Essas cláusulas, conforme sua redação, estabeleciam que o trabalhador assinante do contrato de trabalho renunciasse aos direitos concedidos pela legislação do país. Ou seja, uma vez vigente a lei, não buscou-se revogá-la ou alterá-la no espaço político, mas via contratual. A saída se deu pela porta dos fundos, na tentativa de inaplicabilidade da legislação através do contrato de trabalho que presumi a liberdade da vontade das partes.

Ao surgir esta controvérsia, a Câmara dos Deputados, através da pessoa do Deputado Federal Victor Russomano, consultou o Ministério do Trabalho na tentativa de obter resposta sobre a validade das cláusulas contratuais em que o empregado declara a renúncia de seus direitos e/ou garantias trabalhistas. Conforme consta em um dos pareceres de Oliveira Vianna redigido em 1936, a questão dirigida ao gabinete do Ministro do Trabalho possuía precisamente o seguinte teor: "São validas as clausulas contractuaes ou quaesquer outras declarações escriptas, pelas quaes o empregado de empresa particular ou de departamentos autarchicos abre mão de todo e qualquer direito ou garantia que lhe concede a legislação do paiz?"

Responsável pela resposta a ser enviada para a Câmara dos Deputados acerca do assunto proposto, Oliveira Vianna primeiramente atesta a imprecisão da pergunta formulada tendo em vista a genérica expressão "legislação do paiz". Ora, o direito é um campo vastíssimo e não há como agregar todo o trabalho legislativo de décadas e determinar quase que de forma papal a validade de cláusulas que suprimem os direitos e as garantias criadas pelo legislador. Assim, Vianna parte do pressuposto de

que a pergunta de Russomano se referia a legislação social brasileira e que, partindo dessa premissa, a síntese aponta para a invalidade de tais cláusulas contratuais.

A lógica utilizada no parecer do consultor jurídico do Ministério do Trabalho é bastante simples: não pode por ocasião do contrato haver a renúncia de um direito que ainda nem mesmo se materializou em um evento e que poderia ser favorável ao empregado. Vianna chama tal fenômeno de renúncia antecipada que, como regra, é proibida. As cláusulas contratuais que ensejassem tal necessidade de renúncia são, portanto, considerada nula. "Nula, portanto, seria a renúncia antecipada do empregado ao direito de reclamar indenização de perdas e danos por culpa contractual ou extra-contractual do empregador" (PREAU, 1934, p. 343).

Como no Direito não existem princípios absolutos, a renúncia antecipada de direito pode vir a possuir exceções. Vianna exemplifica como possibilidade de antecipação da renúncia de um direito, via contratual, a cláusula que dispõe acerca do empregado não poder exercer, após a vigência de seu contrato de trabalho e durante este, uma outra atividade igual àquela que integra o objeto do contrato de trabalho durante um certo período. No entanto, essa cláusula de não concorrência ou impeditiva, feita após definitivamente extinto o contrato de trabalho, somente encontra validade se proveniente da livre e espontânea vontade do empregado, ou seja, sem que haja qualquer tipo de coação, ainda que na modalidade sutil, por parte do empregador sob o trabalhador.

Ainda que a Constituição de 34 assegurasse em seu art. 113 a liberdade de profissão, Vianna não considera a cláusula restritiva mencionada no exemplo supracitado como inválida, desde que não ferisse os princípios dos direitos sociais, vez que diferentemente da legislação belga (HAIDANT, 1935, p. 37), o direito positivo vigente à época não tratava desse assunto. Hoje, contudo, tal tema é tanto disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quanto pelo próprio Código Civil, além de outros dispositivos como a Lei da Propriedade Industrial que prevê em seu texto o crime de concorrência desleal.

Outra exceção possível diz respeito ao momento de dissolução ou após a dissolução do contrato de trabalho. Vianna acredita que nesses dois períodos não existe ilicitude na renúncia por parte do empregado de determinados direitos que já lhe foram imputados seja pelo próprio contrato ou por força da lei. Nesse sentido, o empregado que foi demitido injustamente pode ou não exigir da justiça indenizações, pode ou não exigir do patrão determinado direito adquirido; trata-se de uma faculdade do trabalhador.

Importa, então, ressaltar que nem todos os direitos podem ser renunciados. Para Vianna, existem aqueles direitos que não são passíveis do trabalhador ou empregador dispor sobre eles em contrato, quer seja antes, durante ou depois de extinta a relação contratual. Essa categoria de direitos representa o que pode ser chamado de "prerrogativas" ou "garantias" legais inerentes ao trabalho. Nesse rol de direitos irrenunciáveis inclui-se a impossibilidade de, via contrato:

a) empregado permitir quaisquer descontos na sua folha de pagamento a critério do empregador. Atualmente, o TST vem quase que aceitando: "OJ-SDI1-160 DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE (inserida em 26.03.1999)"

É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.

b) empregado renunciar do direito a ingressar em sindicato da sua classe trabalhadora;

c) empregado renunciar do direito às férias anuais. Estes são exemplos de garantias instituídas em lei que são considerados como preceitos de ordem pública e impossíveis de negociação entre as partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os pareceres que destacamos acima, poderemos avaliar empiricamente como se construiu a legislação social da década de 1930, mais tarde consolidada na CLT de 1943, com olhares mais críticos sobre o papel exercido por Oliveira Vianna neste período, como também até que ponto o Estado foi o elaborador desta legislação, sob o rótulo de autoritarismo, a partir do golpe de 1937, ou foi uma legislação construída pouco a pouco segundo as necessidades que surgiam vindas da sociedade, das entidades sindicais, tanto de trabalhadores como de empresários, como também da necessidade do Estado em normalizar as relações de trabalho.

Podemos reconstituir que na Constituição de 1946 foi incluída a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, prevista na Constituição de 1934, regulamentada pela Constituição de 1937, que era limitada no âmbito da administração pública do Executivo. Nas Constituições democráticas, a Constituição de 1934 criou o capítulo "Da ordem Econômica e Social", que foi mantida na Constituição de 1946 e na Constituição de 1988, foi alterada com o capítulo "Da Ordem Social".

Enfim, temos uma ampliação da questão social no Brasil prevista em princípios e regulamentada nas Constituições a partir da Constituição de 1934, e sobre o debate político dos anos de 1930, dos liberais e dos legisladores sociais, podemos verificar que o debate volta nos anos do século XXI com a polêmica dos neoliberais e a esquerda democrática, sobre a questão do negociado sobre o legislado, que pautou o debate no Congresso Brasileiro.

REFERÊNCIAS

GOMES, Ângela de Castro. A práxis corporativa de Oliveira Vianna. BASTOS, Élide Rugai: MORAES, João Quartim de (orgs.), O Pensamento de Oliveira Vianna. Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993.

MENEZES. O Estado (Niterói), 8 de setembro de 1956

MORAES FILHO, Evaristo de. Oliveira Vianna e o direito do trabalho no Brasil. Revista LTr. São Paulo, v. 47, p. 1033-1048, set. de 1983.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Oliveira Vianna no Ministério do Trabalho. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 9, p. 129-148, 1997.

VENÃNCIO FILHO, Alberto. Introdução. *In*: Problemas de direito corporativo. 2. ed. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1983, p. 11-22. (Biblioteca do pensamento político republicano, 16).

VIANNA, Oliveira. Problemas de Direito Corporativo. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938.

_____. Problemas de Direito Corporativo. 2. ed. Introdução de Alberto Venâncio Filho. Brasília (DF): Câmara dos Deputados, 1983. (Biblioteca do Pensamento Político Republicano)

VIEIRA, Evaldo Amaro. Oliveira Vianna e o estado corporativo: um estudo sobre corporativismo e autoritarismo. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1976.

UNILASALLE CANOAS-RS

UMA ETNOGRAFIA DO ENSINO DO DIREITO NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA: OLHAR, OUVIR E ESCREVER

Córa Hagino[1]

RESUMO: O tema desta pesquisa é o ensino na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal. Metodologicamente, foi realizada uma pesquisa de campo e assisti a cerca de cento e setenta horas de aula de diferentes disciplinas e realizei entrevistas com dezessete professores. O objetivo deste artigo é analisar os desafios e os limites da pesquisa de campo no ensino do direito, através da problematização do "ver, ouvir e escrever". Consiste outro objetivo desta investigação entender a relação entre sujeito e objeto, já que a objetificação de indivíduos é prejudicial à construção de uma relação de confiança entre investigador e investigado. Os resultados da pesquisa mostram que os atores sociais da Faculdade de Direito de Coimbra geralmente não estão familiarizados com a pesquisa empírica e possuem resistência a este tipo de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: etnografia. ensino do direito. objetividade.

1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é o ensino do direito nas Faculdades de Direito em Portugal. A multidisciplinaridade faz parte desta pesquisa, já que a temática é composta por distintas áreas científicas como: Sociologia do Direito, Sociologia da Educação, Pedagogia e Direito. Neste contexto, analiso os currículos e as práticas pedagógicas através de um estudo de caso sobre a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dentro do estudo de caso, realizei observação participante em oito disciplinas distintas (Introdução ao Estudo do Direito I, Direito Constitucional I, Direito Penal I, Direito do Trabalho I, Direitos Reais, Direito de Família e Menores, Metodologia do Direito e História do Pensamento Jurídico Contemporâneo), totalizando cerca de cento e setenta horas em sala de aula. Além disso, entrevistei dezessete professores do curso de direito, de distintas áreas e em variados níveis de carreira.

Como a temática desta pesquisa é de caráter multidisciplinar, considero que, este fato, de certo modo, contribuiu para a utilização de diversas técnicas de investigação, como análise documental, observação participante e entrevistas, já que o mesmo objeto necessitava ser analisado através de distintos enfoques. Neste sentido, o foco de minha análise foi a pesquisa qualitativa, usando mais de um método, pois cada método apresenta objetivos próprios e podem vir a suprir o que outros não têm condições de captar.

A presente pesquisa, portanto, combinou diversificados métodos, de acordo com as necessidades impostas ao campo, para estudar o mesmo objeto. Apesar da utilização de distintos métodos de pesquisa, o objetivo não é realizar uma triangulação, mas uma "utilização flexível" das técnicas de investigação como propõe Mendes (2003) a fim de criar múltiplas conexões entre o objeto pesquisado e ampliar o campo de análise.

A utilização de diferentes métodos e técnicas de investigação possibilitou analisar o ensino do direito por meio de escalas variáveis. Santos (2005) propõe que a escala gera o fenômeno, já que cada escala ressalta alguns aspetos do objeto e invisibiliza outros. O que se capta em uma entrevista não é o mesmo que se vivencia em uma observação participante. Santos (2005) refere ainda os patamares, que delimitam o que está dentro e o que está fora da escala. Seriam três patamares, sendo primeiro o patamar da deteção, que separa as informações relevantes das irrelevantes para o estudo do objeto. O segundo patamar, denominado patamar da discriminação, diferencia o que é igual do que é desigual.

1 Doutoranda do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; corahisae@hotmail.com.

Por fim, o terceiro e último patamar é o da avaliação, que demarca o limite entre a legitimidade e a ilegitimidade das informações a serem incluídas na investigação.

No decorrer da pesquisa empírica diversos desafios foram surgindo como conquistar a confiança de distintos grupos sociais: diretores, professores e estudantes. Outro ponto que pretendo debater é a relação sujeito-objeto, já que a objetificação de indivíduos é prejudicial à construção de uma relação de confiança entre investigador e investigado. Por fim, entendo ser essencial o debate sobre a objetividade científica ao invés da neutralidade e da imparcialidade comumente exaltadas no campo jurídico.

2 SOBRE A OBSERVAÇÃO PARTICIPANTE: OLHAR, OUVIR E ESCREVER

A observação participante é constituinte do ofício do antropólogo. Nela, o pesquisador deve adentrar a cultura nativa, através de uma estadia considerável de duração. Todavia, a especificidade do trabalho antropológico é totalmente compatível com o trabalho conduzido por outras áreas sociais, principalmente quando associam a pesquisa empírica com a interpretação de resultados (OLIVEIRA, 2006).

Apesar da observação participante ser mais consolidada na análise de comunidades rurais e de pequena escala, nada impede que ela ocorra em segmentos urbanos a que pertença o investigador.

De acordo com o antropólogo brasileiro Roberto Da Matta (1988) existem três fases na pesquisa de campo. A primeira fase da investigação empírica é o período denominado "teórico-intelectual", que seria marcado pela separação entre o pesquisador e o objeto estudado. Nesta etapa o pesquisador trabalha apenas no plano conceitual, sem ir a campo. Há uma separação entre o investigador e o objeto a ser pesquisado e um excesso de conhecimento teórico a respeito do objeto de estudo recolhido em livros e artigos científicos, todavia sem vivência prática.

A segunda fase, seria a antevéspera da pesquisa empírica, momento prático, em que o investigador analisa onde vai dormir, comer, quanto vai gastar. É o planejar do campo e suas questões logísticas.

Na terceira fase, intitulada existencial ou pessoal, ocorre uma fusão entre o plano teórico e o plano prático, o investigador está no campo e se encontra entre sua cultura e a do pesquisado, tendo que traduzir outro sistema para sua linguagem.

> É vivenciando esta fase que me dou conta (e não sem susto) que estou entre dois fogos: a minha cultura e uma outra, o meu mundo e um outro. De fato, tendo-me preparado e me colocado como tradutor de um outro sistema para a minha própria linguagem, eis que tenho que iniciar minha tarefa (OLIVEIRA, 2006, p. 2).

Importante observar que a primeira visão empírica não oferece uma descrição exata dos fenômenos estudados, que terá que ser confrontada com mais tempo de pesquisa empírica e com a teoria (BACHELARD, 2005).

Dentro da terceira etapa, chamada de existencial, o antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira (2006) propõe o "olhar, ouvir e escrever" como metodologia essencial na pesquisa de campo. Apesar de parecerem triviais e óbvios para o investigador, o olhar, ouvir e escrever devem ser problematizados e questionados. O olhar, ouvir e escrever são as etapas mais importantes da produção do saber antropológico, pois possuem um caráter constitutivo na criação do conhecimento (OLIVEIRA, 2006).

A primeira experiência do pesquisador no campo se dá através da domesticação de seu olhar, já que antes da pesquisa empírica o investigador já estudou teoricamente o objeto e deste modo seu olhar foi moldado. As disciplinas de que fazemos parte, como direito, sociologia ou antropologia, já

alteram, por si só, nosso olhar. "As disciplinas e seus paradigmas são condicionantes tanto do nosso olhar, como do nosso ouvir" (OLIVEIRA, 2006, p. 22).

Apesar da interferência dos pré-conhecimentos, no momento inicial de entrada no campo há uma explosão de informações e sentidos, em que cada ação ou objeto observados na cultura nativa é importante para a pesquisa. Nesta etapa, é essencial a anotação de todos os detalhes, pois se no primeiro olhar há um estranhamento, em um segundo momento o que chamou a atenção se tornará natural.

O "olhar etnográfico" pressupõe um olhar já sensibilizado pela teoria existente. Todavia, não basta olhar etnograficamente para se chegar à estrutura das relações sociais. Para tal, é necessário saber ouvir. A aquisição de explicações fornecidas pelos informantes/interlocutores torna possível obter o denominado "modelo nativo", que possibilita o entendimento da comunidade estudada. Deste modo, o ouvir e o olhar não devem ser tomados como isolados no exercício da pesquisa, já que se complementam no auxílio à elaboração da investigação.

No ato de olhar e de ouvir ocorre uma percepção sensorial, enquanto no escrever é onde se organiza o pensamento. Se o olhar e o ouvir constituem a nossa percepção da realidade, por outro lado o ato de escrever é simultâneo ao pensamento. Quando se textualiza algo ao mesmo tempo se produz conhecimento. A tarefa de escrever não é simplesmente a exposição de um conhecimento, mas ainda uma forma de construção do próprio saber (OLIVEIRA, 2006).

Santos (1995) afirma que escrever sobre algo ou algum grupo significa escrever ao lado do objeto de estudo e nunca a partir do centro. Por este motivo, "a perspectiva é a essência da escrita" (1995: 235).

Geertz (1995), por sua vez, divide a pesquisa de campo em duas fases distintas: *being here* e *being there*. O *being there* ou "estando lá" é quando se vivencia o campo, impregnando-se do pensamento nativo. O pesquisador deve viver, pensar e sentir como os nativos, apesar de nunca se tornar um nativo. Malinowski (2000) mencionou três questões fundamentais para a pesquisa de campo: O que os nativos dizem sobre o que fazem? O que realmente fazem? O que pensam a respeito do que fazem?

Já o *being here* ou o "estando aqui" ocorre quando o pesquisador retorna do campo e vai escrever o que vivenciou anteriormente, ou seja, onde se textualiza os fenômenos sociais observados no *being there.* Todo o processo de escrever está de certo modo contaminado pelo contexto do *being there*. Para Geertz (1995) a etnografia é um trabalho "moral, política e epistemologicamente delicado". Assim, a teoria estudada e de outro lado, os dados adquiridos no campo, ambos são construídos pelo pesquisador desde o momento inicial de sua descrição e um influencia o outro (OLIVEIRA, 2006).

Os dados presentes no caderno de campo ajudam a relembrar o pesquisador os fatos ocorridos no campo, auxiliando no processo de escrita e rememorando fatos passado, uma "espécie de presentificação do passado" (OLIVEIRA, 2006, p. 34).

Ao fim e ao cabo, o resultado da pesquisa não é resultado direto apenas da observação, mas de uma negociação de visões de mundo do pesquisado e do pesquisador.

Todavia, nem tudo são flores ao realizar uma pesquisa de campo. Imprevistos e surpresas podem acontecer. Normalmente, há receio por parte do investigador em revelar o que deu errado na pesquisa, ou ainda fatos cotidianos subjetivos que mostram o lado humano da disciplina antropológica. O contar de histórias de mal entendidos entre pesquisador e interlocutor, a solidão do investigador, as ansiedades e medos são todos ignorados pelos manuais de metodologia e compõem o denominado "*anthropological blues".*

O "*anthropological blues*", expressão de DaMatta (1998) foca nos planos do investigador, no que dá errado no campo, nos aspectos que fazem parte da investigação, mas não costumam ser mencionados pelos pesquisadores.

UNILASALLE RS CANOAS-RS

O *"anthropological blues"* é aquele novo elemento que surge sem ser esperado na prática etnológica, "como um blues, cuja melodia ganha força pela repetição de suas frases de modo a se tornar cada vez mais perceptível. Da mesma maneira que a tristeza e a saudade se insinuam no processo do trabalho de campo, causando surpresas ao etnólogo" (DA MATTA, 1998, p. 30).

3 A RELAÇÃO PESQUISADOR-PESQUISADO

A observação participante é um método de pesquisa qualitativa que possibilita vivenciar o mundo do sujeito pesquisado e perceber as relações de poder em que este está imbricado. É interessante observar que entre o investigador e o investigado também há uma assimetria de poder.

O conhecimento do investigador será sempre limitado ao que é possível para uma pesquisa com suas características particulares. O investigador será sempre limitado pela sua visão de mundo, ao passo que deve expandi-la ao máximo para observar o ponto de vista do investigado.

Ao ouvir o informante, estabelece-se uma relação de poder sobre o último, ainda que se deseje ser objetivo. "As perguntas feitas em buscas de respostas pontuais lado a lado da autoridade de quem as faz, criam um campo ilusório de interação" (OLIVEIRA, 2006, p. 23). Não há interação, pois não se estabelece um campo dialógico.

O investigador precisa estabelecer uma relação de confiança com o investigado, por isso a expressão "interlocutor" é mais adequada, ao invés de "objeto", como propõe Roberto Cardoso de Oliveira (2006). Objetificar indivíduos implica em coisificá-los e colonizá-los, inferiorizando-os, o que não é real, pois se o pesquisador detém poder sobre o pesquisado, este também o exerce sobre o pesquisador, já que o investigado mostra ao pesquisador o que lhe convém, responde as questões que lhe interessa, do modo como preferir.

Por um lado, ao tornar o indivíduo ou grupo pesquisado em objeto de estudo, o pesquisador se coloca em posição hierárquica acima do pesquisado. Por outro lado, o ator social pesquisado pode se recusar a dar informações ou dá-la de modo equivocado, estabelecendo uma relação de poder sobre o pesquisador.

Ao se transformar o informante em interlocutor surge um novo modelo de relacionamento, em vez de uma via de mão única, passa a haver uma via de mão dupla. Não há relação sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. Porquanto, esta transformação de informante para interlocutor transforma o confronto entre atores sociais em "encontro etnográfico", gerando uma fusão de semântica e de horizontes. Para tal, o pesquisador tem que saber ouvir o nativo e por ele ser ouvido, estabelecendo um diálogo entre iguais, sem receio de "contaminar" o discurso alheio, já que a objetividade absoluta é uma falácia.

De acordo com Santos, (1995), a reciprocidade entre sujeitos revisa a diferenciação entre sujeito e objeto. O objeto é uma extensão do sujeito e, neste sentido, em uma visão crítica da relação sujeito-objeto, o conhecimento da pesquisa acaba por ser um autoconhecimento. Santos (1995) propõe, ainda, que haja uma hermenêutica diatópica, entre os dois sujeitos: pesquisador e pesquisado. A hermenêutica diatópica entende que os *topoi* de uma determinada cultura, por mais completos que pareçam, são incompletos, assim como a cultura a que pertencem. A hermenêutica diatópica não busca tornar completa e a cultura ou o *topoi*, mas buscar demonstrar esta incompletude mútua, através de um diálogo entre uma cultura e outra, por isso com natureza diatópica.

A interação entre interlocutor e pesquisador, os antropólogos denominam de observação participante, o que significa que "o pesquisador assume um papel perfeitamente digerível pela sociedade observada, a ponto de viabilizar uma aceitação senão ótima pelos membros daquela sociedade, pelo menos afável, de modo que não impeça a interação" (OLIVEIRA, 2006, p. 24).

Ao invés de impor esquemas e teorias prontos devemos deixar que as pessoas pesquisadas nos surpreendam e se surpreendam. Através dos imprevistos e estranhezas poderemos entender melhor suas ações e discursos (MENDES, 2003).

Em um trabalho verdadeiramente científico há uma pluralidade de vozes que devem ser diferenciadas e não suprimidas pelo tom autoritário da primeira pessoa do singular. Sendo assim, o pesquisador não deve utilizar uma capa de observador impessoal, impondo a primeira pessoa do plural: *nós* (OLIVEIRA, 2006).

4 A PESQUISA EMPÍRICA NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA: DESAFIOS E LIMITAÇÕES

A primeira fase, denominada "teórico-intelectual", da pesquisa sobre ensino do direito na Faculdade de Coimbra durou cerca de dois anos, no período em que cursei as disciplinas do doutorado e construí o projeto de pesquisa a ser avaliado na banca de qualificação. Este período foi dificultado pela ausência de bibliografias sobre o tema do ensino jurídico em Portugal na atualidade. Estas bibliografias quando existiam eram fruto de uma percepção pessoal de professores da área jurídica e nunca objeto de uma investigação sistematizada. Tentei suprir esta ausência com bibliografias de outros países, em especial da União Europeia, além de realizar uma extensiva pesquisa de campo.

Já na segunda fase da pesquisa, antevéspera do trabalho de campo, a preocupação fundamental foi contactar a direção da faculdade e os docentes para a autorização da pesquisa de campo, além de tentar fazer compatibilizar o horário das distintas disciplinas que iria assistir.

Enviei um correio eletrônico para o diretor a fim de marcar uma reunião em que autorizasse a pesquisa. E, após este contato, enviei correio eletrônico aos professores das disciplinas selecionadas a fim de explicar minha tese de doutorado e solicitar que eu pudesse assistir às aulas.

Escolhi algumas matérias do núcleo de matérias dogmáticas[2] e outras do núcleo de matérias propedêuticas para realizar a observação participante. A observação se deu em matérias de distintos anos da mesma faculdade. Foram ainda objeto de investigação as disciplinas consideradas mais interdisciplinares ou com potencial interdisciplinar do curso jurídico. Assim, as disciplinas selecionadas foram: Introdução ao Estudo do Direito I (1º Período), Direito Constitucional I (1º Período), Direito Penal I (5º Período), Direito do Trabalho I (3º Período), Direitos da Coisas (6º Período), Direito de Família e Menores (5º Período), Metodologia do Direito (7º Período) e História do Pensamento Jurídico Contemporâneo (optativa do 1º ou 1º período).

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), as disciplinas dividem-se em aulas teóricas e aulas práticas. Além disso, há mais de uma turma por disciplina, geralmente duas turmas teóricas (turma 1 e turma 2) e três turmas práticas (turma 1, turma 2 e turma 3). Busquei selecionar a turma 1, escolhendo primeiro as disciplinas teóricas. Isto porque os catedráticos, classe de professores no último nível da carreira, costumam dar esta disciplina. Todavia como a pesquisa de campo na FDUC se deu no decorrer do ano de 2011, sendo que as disciplinas oferecidas no 2º semestre não são oferecidas no 1º semestre, muitas matérias acabavam por ter sobreposição de horário, especialmente no primeiro semestre, que coincidentemente agrupou a maior parte das disciplinas selecionadas inicialmente. Em seguida encaixei no horário as disciplinas práticas, pois geralmente há mais de um docente lecionando, normalmente dois ou três e, portanto, mais horários à escolha. Assim, assisti algumas turmas 1 e outras turmas 2, em razão da incompatibilidade de horário.

2 Enfatizei as disciplinas de Direito Civil e Direito Penal, já que segundo Boaventura de Sousa Santos (2007) são estes os campos em que mais se manifesta a visão autônoma do direito em relação aos fatos sociais.

O fato de ter passado a viver em Coimbra facilitou a pesquisa de campo, já que tive de retornar à Faculdade de Direito de Coimbra inúmeras vezes, possibilitando uma pesquisa mais aprofundada.

A terceira fase, a pesquisa de campo propriamente dita, engloba o atos cognitivos de olhar e ouvir. Como o doutorado é uma parceria com a Faculdade de Direito de Coimbra, já havia ido algumas vezes a esta faculdade, ficando perdida muitas vezes nos inúmeros corredores e escadas. Mas ao decidir por esta pesquisa tentei retomar um olhar mais apurado e relembrar o primeiro momento em que lá estive. Para acessar à Faculdade de Direito, que é um prédio histórico é preciso passar pela porta férrea, porta imponente com alto pé direito e grades de ferro. A Escola de Direito de Coimbra permanece fechada às outras faculdades da universidade cujas amplas portas parecem mais convidativas, ainda que austeras, do que as grades da porta férrea.

Apesar da Faculdade ter ares tradicionais e formais, com estudantes e professores com vestes históricas em ocasiões especiais, o pátio interno já foi palco de fados tocados por estudantes. Após a fase dos primeiros olhares, o ouvir também consta como atividade cuidadosa de observação.

Como o comportamento docente e discente no processo de interação pedagógica na classe foi objeto de estudo, escrevi o máximo de informações possíveis em um diário de campo. Anotei as falas docentes e discentes, as reações e as expressões faciais. Esta aproximação com docentes e discentes, possivelmente, possibilitou uma maior aproximação com estes atores sociais para a realização de algumas entrevistas.

Ainda que não interagisse diretamente na classe, por exemplo não respondendo a questões colocadas pelos professores, por exemplo, eu interagia indiretamente pois os alunos pediam para ver minhas anotações, pois não haviam ouvido o último artigo ditado e até cheguei a causar incômodo a uma docente, que afirmou quando eu não estava presente que eu estaria avaliando a turma. Esta última informação me foi passada por uma aluna. Outro docente me comparou a um olheiro de futebol. Como se vê, ainda que eu quisesse obter uma observação não participante, o que não era o caso, esta não seria possível.

UNILASALLE
CANOAS-RS

Aos poucos, fui assumindo, cada vez mais, minha participação na observação. Ao fim cheguei a compor grupos de trabalho para a disciplina com os estudantes de licenciatura quando faltaram integrantes ou mesmo trabalhos em grupo para uma aula prática.

Passei a comer no café de dentro da Faculdade de Direito ou no restaurante Justiça e Paz, onde almoçam alguns professores e alunos, mas com o passar de algumas aulas os estudantes passaram a me convidar para comer com eles nas cantinas azuis ou na cantina da química e então mudei o local das minhas refeições. Deste modo, passei a tomar café com os estudantes e ser convidada para almoçar com eles, o que permitiu uma investigação mais profunda e rica.

A maior parte das informações que obtive dos discentes foram fora de sala de aula, no almoço, no café ou no intervalo das aulas. Já com os docentes a aproximação foi mais difícil.

A principal dificuldade no campo foi a falta de confiança ou mesmo uma grande desconfiança por parte de alguns docentes. Neste sentido, optei por não gravar as aulas, mas apenas anotá-las no caderno de campo. Em relação aos alunos a relação investigador-interlocutor era melhor, apesar de muitos terem medo de que os identificasse, pedindo sigilo algumas vezes. Quando eu explicava que não ia identificar nenhum discente ou docente ficavam mais tranquilos.

A falta de entendimento sobre a temática da minha tese para os professores e para a direção, ainda que eu explicasse por diversas vezes, ocorreu em razão do ineditismo desta pesquisa empírica em Portugal. As Faculdades de Direito portuguesas e seus agentes estão muito acostumados às pesquisas teóricas, mas muito pouco habituados às pesquisas empíricas e menos ainda em serem objeto de uma pesquisa de campo.

Por realizar uma tese de cariz pouco tradicional nas Faculdades de Direito, em primeiro lugar por ser transdisciplinar, indo além da fragmentação das disciplinas ou sua sobreposição, esta tese já

teve dificuldades de ser compreendida por si só, já que uma visão de mundo fechada nas disciplinas jurídicas, não permitia sua compreensão por boa parte dos docentes. Curiosamente, os alunos entendiam perfeitamente o carácter do meu trabalho e geralmente incentivam a continuação, se mostrando bastante solícitos em me fornecer materiais (como provas, apontamentos, etc) e a realizar depoimentos. Segundo alguns estudantes, minha tese poderia ajudar na melhoria da qualidade do ensino da Faculdade de Direito

Recolher exames descartados no lixo ou jogados na mesa do café, passaram a fazer parte da minha rotina nas épocas de exame, sem saber, que posteriormente iria encontrá-los em pastas no NEDI (Núcleo de Estudantes de Direito) ou na página do *facebook* do mesmo grupo. Entrar em salas erradas e só se dar conta ao meio, também fizeram parte do "*anthropological blues*". Ir à queima das fitas (festa tradicional) observar a relação entre estudantes e às vezes entre docente e estudante (apesar de ser rara este tipo de interação nesta festa), terminou com a investigadora encharcada de cerveja, pois ao me aproximar de um dos carros para observar melhor a interação, alguns estudantes passaram a jogar cerveja para o alto. Em outro ano fui convidada por uma interlocutoras a subir no carro da turma dela, o que fiz com gosto, pois demonstrava a relação de confiança criada.

Diante da dificuldade em criar laços de confiança com docentes e do medo de represálias de estudantes, que temiam criticar os docentes diante de um gravador, optei por não utilizar um gravador de voz, exceto nas entrevistas e quando o entrevistado mostrou-se confortável com a presença do aparelho[3]. Na maior parte dos casos recorri a caneta e ao papel, totalizando nove cadernos de campo. O tom das conversas foi quase sempre o de uma conversa informal. Apenas nas entrevistas elaborei um roteiro, o qual não foi seguido à risca, mas orientado de acordo com as respostas do entrevistado. Deste modo, a entrevista semi-estruturada foi utilizada.

Após a transcrição dos cadernos de campo e entrevistas e de posterior análise, decidi utilizar parte destes depoimentos, sem contudo, identificar os atores, mas tão somente a categoria (estudante ou docente) a que pertence o indivíduo e uma numeração correspondente.

Destaco, ainda, que o texto descrito acima é uma visão que a etnógrafa possui sobre a pesquisa do ensino do direito em Coimbra, que pode diferir da significação dos outros atores sociais diretamente envolvidos. Essa significação própria resultou na descrição realizada neste trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo mostrou-se que o tema do ensino do direito possui uma abrangência interdisciplinar que facilita a utilização de distintos métodos de pesquisa. Neste sentido, apesar da observação participante ser mais comum nas Ciências Sociais é possível utilizar este método em pesquisas jurídicas ou sociojurídicas. Para isso, é essencial problematizar o "olhar, ouvir e escrever", que não são momentos descritivos, mas momentos de construção do saber etnográfico.

Os resultados desta investigação mostram que os atores sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra normalmente não estão familiarizados com a pesquisa empírica e possuem resistência a este tipo de pesquisa, principalmente os docentes.

Em relação à construção do objeto, é importante mencionar que há normalmente uma relação de poder entre pesquisador e pesquisado e que o resultado da pesquisa acaba sendo uma negociação de pontos de vista de ambos. Entretanto, é possível uma outra relação para além do sujeito/objeto, quando transformamos o objeto em interlocutor, transformando uma relação hierárquica vertical em uma relação horizontalizada. Poderiam argumentar que reduzir a distância entre pesquisador e pesquisado poderia afetar a objetividade da pesquisa, todavia a crença em uma objetividade total não permite que se perceba o *bias*.

3 Em apenas uma entrevista um professor me pediu para não gravar.

Por outro lado, é necessário que o aspecto humano da pesquisa seja revelado. Geralmente, só se mostram os resultados da pesquisa, o que deu certo, mas não as subjetividades e as dificuldades encontradas no campo, os desafios e suas limitações.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

DA MATTA, Roberto (1988). O ofício de etnólogo ou como ter Anthropological Blues In: Nunes, Edson (Org.) A Aventura Sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, p. 22-35.

GEERTZ, Clifford. Obras e vidas: o antropólogo como autor. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995

GOLDENBERG, Mirian. A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais. Rio de Janeiro: Record, 2009.

MALINOWSKI, Bronislaw. Argonautas do Pacífico Ocidental. São Paulo: Abril, 2000.

MENDES, José Manuel. Perguntar e observar não basta, é preciso analisar: algumas reflexões metodológicas. In: Oficina do CES 194, 2003, p. 1-27.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O trabalho do antropólogo. São Paulo: UNESP, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. Nova Iorque: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – CONSTITUCIONALIZAÇÂO DO DIREITO À SAÚDE NO MERCOSUL

CANOAS, 2016.

O DIREITO À SAÚDE E A IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA, EM AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Simone Stefani Signori[1].
Diógenes Vicente Hassan Ribeiro[2]

RESUMO: O artigo pretende analisar a questão da irreversibilidade da tutela antecipada, conforme previsão disposta no Código de Processo Civil vigente, uma vez que há grande controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de concessão da tutela antecipada, em caso de irreversibilidade dos seus efeitos fáticos. Trata-se de estudar o direito fundamental à saúde no confronto com os interesses protegidos da Fazenda Pública, conforme previsão na legislação ordinária. Por fim, a pesquisa analisa entendimentos conflitantes sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Antecipada. Irreversibilidade. Proporcionalidade. Prerrogativas. Fazenda Pública.

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende analisar a questão da irreversibilidade da tutela antecipada, conforme previsão disposta no Código de Processo Civil vigente, uma vez que há grande controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de concessão da tutela antecipada em caso de irreversibilidade dos seus efeitos fáticos.

Trata-se de estudar o direito fundamental à saúde no confronto com os interesses protegidos da Fazenda Pública, conforme previsão na legislação ordinária.

Nessa senda, o artigo analisa a legislação ordinária aplicável à Fazenda Pública, ou seja, a Lei n.º 8.437/1992 e a Lei n.º 9.494/1997, onde destaca as prerrogativas inerentes ao Poder Público, como a proibição de concessão de liminares, ressalvadas algumas exceções, como no caso da tutela da saúde.

Por fim, passa-se a verificar duas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça conflitantes, a respeito da concessão ou não da tutela antecipada nas demandas de acesso à saúde, quando há perigo de irreversibilidade da medida.

2 DA TUTELA ANTECIPADA

Com o advento da Lei n.º 8.952/1994, o Artigo 273 do antigo Código de Processo Civil trouxe a autorização da concessão de tutela antecipada no curso da ação principal. Até então, eram propostas ações cautelares para obter provimentos de caráter satisfativo. Utilizava-se, assim, o único caminho processual existente, ainda que não adequado tecnicamente.

Então, a partir de 1994, nosso sistema jurídico passou a conviver com dois regimes distintos: de um lado o da tutela cautelar (com requisitos clássicos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*) e, de outro, o da tutela antecipada (baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa).

---

1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Aluna do Mestrado em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle/Canoas (UNILASALLE), Email: simone.s.s@terra.com.br

2 Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade da UNILASALLE – Canoas, RS; Mestre e Doutor em Direito Público (UNISINOS, 2006); Desembargador do TJRS, Email: diogenesribeiro@tj.rs.gov.br.

Embora essa mudança legislativa tenha sido satisfatória, a mesma ocasionou dificuldades na distinção entre as duas medidas, o que trouxe o advento da Lei 10.444/2002, a qual acresceu o parágrafo 7º ao Artigo 273 do antigo Código de Processo Civil (TALAMINI, 2012, p.13-34).

No que diz respeito à reforma de 1994, na ótica da teoria luhmaniana não deixa de ter sido uma evolução. É notória a percepção da evolução naquela ocasião, usando o exemplo de Luhmann e De Georgi, sobre o tráfego de automóveis, que gera inúmeros problemas que o sistema sociedade tem de tentar solucionar. No exemplo dado, a ordem jurídica é sensivelmente modificada no âmbito do direito material, no que concerne à responsabilidade civil (RIBEIRO, 2004, p.62-64).

O novo Código de Processo Civil trouxe um sistema mais simples, estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa, mantendo a distinção entre as duas tutelas. Assim, o artigo 294, parágrafo único, do novo CPC deixa claro que a tutela de urgência é gênero, o qual inclui duas espécies (tutela cautelar e tutela de urgência) e o artigo 300 do novo Código de Processo Civil também estabelece as mesmas exigências para autorizar a concessão das duas medidas (TALAMINI, 2012, p.13-34).

Ademais, de acordo com o Artigo 300 do Código de Processo Civil[3], para que o magistrado conceda uma tutela de urgência será preciso verificar a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Então, para que o provimento seja concedido, segundo o novo diploma legal, se faz imprescindível a verificação de dois requisitos: a) probabilidade do direito e b) perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (*periculum in mora)* (DONIZETTI, 2015, p.48-49).

No que concerne à probabilidade do direito, deve-se analisar se há prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo de cognição provisória, mas que no momento da análise, reste configurados todos os elementos que convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações. Ou seja, não se pode exigir que da prova surgisse a certeza das alegações, contentando-se a lei com a demonstração de ser provável a existência do direito alegado pela parte que pleiteou a medida (DONIZETTI, 2015, p.49).

Já o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo pode ser definido, como o fundado receio de que o direito afirmado pela parte, cuja existência é apenas provável, sofra dano irreparável ou de difícil reparação ou se submeta a determinado risco capaz de tornar inútil o resultado final do processo (DONIZETTI, 2015, p.48-49).

Referente a este segundo requisito, temos o exemplo de uma tutela de urgência de um direito à saúde, em face de um plano de saúde que negou a autorização para a realização de uma cirurgia de urgência, na qual o perigo de morte é iminente e a espera pela longa tramitação processual pode tornar o processo inútil, diante da probabilidade do evento morte no caso analisado.

No que diz respeito à mudança legislativa, Daniel Mitidiero salienta que, embora inexista regra expressa, referente à irreversibilidade de provimento no âmbito da tutela cautelar, a doutrina observa que a provisoriedade e a revogabilidade, inerentes à medida cautelar, não são compatíveis com a irreversibilidade. Portanto, a técnica antecipatória envolve riscos ao processo e a irreversibilidade do resultado do provimento passa a ser um limite à própria técnica (MITIDIERO, 2014, p. 127).

A fim de entender melhor o tema posto em discussão, é preciso traçar a distinção entre a irreversibilidade do provimento da irreversibilidade dos seus efeitos. Assim, analisando o emprego da técnica antecipatória desencadeia provimentos que pela própria natureza são reversíveis, ou seja,

---

3 "Artigo 300 do CPC. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] §3. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

provisórios e revogáveis. Por isso, a reversibilidade concerne ao provimento e nada acrescenta à sua compreensão para além de seus significados já associados aos termos provisoriedade e revogabilidade (MITIDIERO, 2014, p.128).

No entanto, fazendo uso da técnica antecipatória também poderá gerar a prolação de provimentos considerados irreversíveis e o Artigo 300, §3º do Código de Processo Civil traz a vedação à concessão de tutela antecipada, quando houver perigo de irreversibilidade de seus efeitos.

Segundo Daniel Mitidiero, o caráter irreversível da medida antecipada não descaracteriza a natureza do provimento. Nesse ínterim, nota-se que apesar da legislação ser categórica quanto à impossibilidade de deferimento do provimento antecipatório em caso de perigo de irreversibilidade, na prática, por vezes, os magistrados deparam-se com situações em que irreversibilidade do provimento jurisdicional é presumida, mas é acatada para salvaguardar um direito do autor (MITIDIERO, 2014, p. 127).

Segundo Daniel Mitidiero, o caráter irreversível da medida antecipada não descaracteriza a natureza do provimento. Eis sua posição a respeito:

> A técnica antecipatória, no entanto, pode dar azo à prolação de provimentos cujos efeitos não são reversíveis. Não há qualquer descaracterização da natureza do provimento antecipado em face da possibilidade de eficácia irreversível. Nada obstante, obviamente, à prolação de antecipação de tutela capaz de satisfazer desde logo o direito da parte, inclusive integralmente. A vedação à prolação de provimentos com efeitos irreversíveis nada tem a ver com a satisfatividade do provimento. São conceitos obviamente distintos. A vedação à irreversibilidade dos efeitos do provimento concerne apenas à impossibilidade de concessão de antecipação de tutela quando houver perigo de inviabilização do retorno ao *status quo ante.* Essa vedação, no entanto, deve ser compreendida na perspectiva da dinâmica iteração entre o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e o direito de defesa no processo civil. Bem por isso, trata-se de vedação relativa, que pode ser superada concretamente. Quando o legislador infraconstitucional estatui que não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento, ele apenas está dizendo que, em regra, o risco tolerado pela ordem jurídica não suporta a concessão de antecipação de tutela cujos efeitos podem ser irreversíveis (MITIDIEIRO, 2014, p. 127-128).

A lógica da antecipação de tutela está em prestigiar o direito provável em detrimento do direito improvável. E, admitir que o juiz não possa antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável (MITIDIERO, 2014, p. 128).

Nesse contexto, é fácil concluir que não admitir a antecipação de tutela apenas porque o direito do demandado pode ser lesado é um grave equívoco lógico, pois aquele que pede tutela antecipada contra o perigo, também deve provar a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional. Então, presentes os pressupostos que autorizam a concessão da antecipação de tutela, é notória a probabilidade do direito do autor em detrimento da improbabilidade do direito do réu no caso em discussão, e, dessa forma, não se discutiria a irreversibilidade (MITIDIEIRO, 2014, p. 129).

Referente à proibição da concessão da tutela antecipada, quando houver perigo de irreversibilidade da medida, segundo o autor Elpídio Donizetti, mesmo com o advento do novo Código de Processo Civil (Artigo 300, §3º), a jurisprudência deve continuar reconhecendo que existem situações nas quais, não obstante a irreversibilidade do provimento a ser concedido, a urgência é tão grave que, a espera pela cognição exauriente é capaz de inviabilizar a própria utilidade da medida. É um caso de irreversibilidade para ambas as partes, na qual deve o julgador tendenciar a proteger

aquele que, não possuindo o bem da vida naquele momento, sofrerá maior impacto. Nesses casos, a jurisprudência entende plausível a mitigação deste requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade (DONIZETTI, 2015, p.50).

Nesse sentido, evidencia-se a ementa do Recurso Especial n.º 600/CE do STJ:

> [...] É possível a antecipação de tutela, ainda que haja perigo de irreversibilidade do provimento, quando o mal irreversível for maior, como ocorre no caso de não pagamento de pensão mensal destinada a custear tratamento médico da vítima de infecção hospitalar, visto que a falta de imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial (STJ, REsp n.º 600/CE, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 15/12/2009, Dje 18/12/2009).

Por certo que a compreensão da doutrina e da jurisprudência, a respeito da proibição de concessão de tutela antecipada, quando haja perigo de irreversibilidade do provimento, deve continuar a ser relativa, ao passo que a interpretação literal da previsão legal impediria a apreciação e concessão de provimentos em casos extremos, além de levar a própria medida urgente perder seu propósito maior.

3 DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA APLICÁVEL À FAZENDA PÚBLICA: ANÁLISE DA LEI N.º 9.494/1997 E DA LEI N.º 8.437/1992[4]

Atendidos os pressupostos para concessão da tutela antecipada pelo magistrado, surge a discussão sobre a possibilidade de deferimento de tutela antecipada, ou não, em face da Fazenda Pública (entes públicos). Sabe-se que a Fazenda Pública possui inúmeras prerrogativas, dentre as quais elencam a problemática do reexame necessário, a execução contra a Fazenda Pública exclusivamente baseada em sentença e a redução do prazo para o recurso cabível da decisão concessiva (SCHWARTZ, 2003, p.56-57).

Enfim, no que diz respeito à tutela antecipada, o principal argumento que se levanta contra a possibilidade de antecipação de tutela, figurando no polo passivo a Fazenda Pública, diz respeito ao reexame necessário, de acordo com a previsão do artigo 496 do novo Código de Processo Civil[5], o qual refere que toda decisão contrária aos entes públicos não produzirá efeito, antes de submetida ao duplo grau de jurisdição.

No que diz respeito ao direito à saúde, questão esta que repercute no plano da tensão e colisão entre princípios, não restam maiores empecilhos de cunho processual para o deferimento da tutela antecipatória. Antes da reforma processual de 1994, havia a possibilidade de, em situações que requisitassem uma urgência temporal, do juiz, mediante o instrumento das cautelares inominadas, fulcrado no poder geral de cautela, de maneira liminar, conceder o objeto da tutela jurisdicional. Entretanto, com o advento da Lei n.º 8.437/1992[6], percebendo a situação fática que vinha ocorrendo,

---

4 Não se pretendeu aqui exaurir a análise, de toda a legislação aplicável à Fazenda Pública, no que diz respeito às suas prerrogativas.

5 Artigo 496 do NCPC. "Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal."

6 Artigo 1º, caput, da Lei 8.437/1992. "Artigo 1.º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. §4º. Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer outra medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.

regulamentou a proibição de se conceder, em detrimento de outros entes públicos, liminares em ações cautelares de caráter satisfativo (SCHWARTZ, 2003, p. 56-60).

Conforme previsão do Artigo 1º, caput, da Lei n.º 8.437/1992, fica clara a proibição de concessão de liminares em medidas cautelares que esgotem, ainda que parcialmente, o objeto da ação. Em face de tal circunstância, é que alguns doutrinadores, como dito, passaram a esposar a tese de que a vedação o cabimento de cautelares satisfativas contra a Fazenda Pública, estaria, por consequência, obstando a concessão da própria tutela antecipada. Todavia, considerando o diploma legal supracitado, não há como se estender de plano suas previsões e, sobretudo, vedações a, instituto que sequer foi por ele regulado expressamente.

É evidente que a Lei n.º 8.437/1992 teve o propósito de coibir o abuso representado pela concessão, em detrimento dos entes públicos, de liminares em ações cautelares de caráter satisfativo e, posteriormente, a reforma introduziu um mecanismo para que se antecipassem os efeitos jungidos tão somente à decisão meritória (tutela antecipada). Houve a purificação do processo cautelar (ZAVASCKI, 2000, p.170-200).

Segundo Cunha, o sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei n.º 8.437/1992, tanto que a Lei n.º 9.494/1997 as estende, irrestritamente, para a tutela antecipada (CUNHA, 2007, p.410-420).

Nesses termos, Cunha propõe a aplicação da fungibilidade na concessão dos provimentos de urgência, deferindo uma cautelar no lugar de uma tutela antecipada, evidenciando a unificação do sistema de medidas urgentes. E, as disposições restritivas de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública aplicam-se nos casos de tutela antecipada, conforme consagra o Artigo 1º da Lei n.º 9.494/1997 e os Artigos 294 e seguintes do novo Código de Processo Civil.

UNILASALLE CANOAS-RS

4 DO CONFRONTO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM RELAÇÃO ÀS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Primeiramente, cabe salientar que a expressão Fazenda Pública possui essa denominação como sinônimo de Estado em juízo, designando-se, desse modo, toda e qualquer pessoa jurídica de direito público que atua em ações judiciais, ainda que não se trate de matéria fiscal.

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como propulsora do interesse público, devendo atender aos cidadãos, na implementação de políticas públicas que visem a dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentre esses direitos fundamentais, evidencia-se o direito à saúde, devido sua intrínseca relação com o direito à vida.

O direito à saúde é um direito fundamental, prestacional, social, ao que parece para alguns, um direito meramente assistencial, que só causa prejuízos ao Estado. Portanto, investir em saúde não é um favor ao cidadão, mas também um objetivo a ser alcançado, que está ligado de certa forma, ao desenvolvimento econômico de um país, pois sem saúde, não há produção, e sem produção não há lucro, tão pouco desenvolvimento econômico.

Por tais motivos, e pelo fato de estar o direito à saúde relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, deve o Estado, através dos poderes que lhe são inerentes, por meio de um plano governamental adequado e eficiente, concretizar tal direito no ordenamento jurídico.

Segundo Felipe Dutra Asensi, o direito à saúde, enquanto direito fundamental no Brasil, se insere na categoria dos chamados direitos de titularidade difusa e coletiva. E, em virtude da natureza destes direitos, no Brasil se consolidou o que se comumente denomina de litigância de interesse público, não se limitando individualmente, mas se referindo à coletividade (ASENSI, 2013, p.52-54).

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes para tanto. Nesse ponto, não parece que o direito à saúde tem recebido a atenção necessária que o direito demandaria, tanto em implantação de políticas públicas, como em destinação de verbas suficientes.

Cabe salientar que a saúde se rege pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços; e como o instrumento de efetivação de tal direito está no Sistema único de Saúde – SUS, por meio do qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem como polo ativo qualquer pessoa ou a comunidade, posto que o direito à promoção e proteção à saúde também é um direito coletivo. A questão em discussão é o descumprimento pelo Estado da obrigação constitucional prevista no artigo 6º e 196 da CF/88 e na legislação ordinária.

Dessa forma, como o Poder Legislativo e Executivo não conseguem tornar efetivo o direito à saúde no Brasil, seja por inércia, falta de planos governamentais eficientes, falta de legislação ordinária que lhe regule a desorganização na administração dos recursos financeiros existentes, para não falar em corrupção ou desvio de verbas – cabe ao Poder Judiciário como órgão fiscalizador e garantidor das normas constitucionais que é, quando acionado pelos cidadãos prejudicados, efetivar tal direito por meio de ordem judicial, até porque não pode ele compactuar com o desrespeito à Constituição e à dignidade do cidadão brasileiro.

Além do mais, a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Sendo, portanto, sua proteção pelas autoridades públicas, a base de qualquer Estado Democrático de Direito.

O Judiciário torna o direito palpável, efetivo ao cidadão, já que as políticas públicas dos entes políticos não possuem eficácia plena. Por isso, ainda os juízes mais receosos quanto à efetividade de tal norma devem levar em consideração a literalidade dos artigos 6, 196 e 197 da CF/1988[7], evitando ponderações desnecessárias sobre falta de recursos, não comprovada pelo Estado, e a alegada invasão de competência dos demais poderes, pois este tem competência para exercer o controle recíproco (freios e contrapesos).

UNILASALLE
CANOAS-RS

Mesmo que se fale em falta de recursos, cabe lembrar que os governantes têm suas responsabilidades na efetivação das políticas públicas de modo geral e a eles cabem as responsabilidades administrativas decorrentes de seus mandatos. Ao administrador cabe a otimização dos recursos existentes, o que não se admite é que este se escuse de seus deveres, com esta simples alegação, nem sempre comprovada. Se recursos não existem, cabe a este, dentro de suas responsabilidades que lhe são inerentes, implementar planos de otimização e aproveitamento dos recursos existentes de melhor forma.

No Brasil, as estratégias institucionais de reivindicações de direitos, como o direito à saúde, passam predominantemente pela via formal dos Conselhos e Conferências de Saúde, de um lado, e pela via das instituições jurídicas, de outro. A experiência brasileira revela que o cenário de efetivação do direito à saúde encontra-se amplamente relacionado à própria construção social de concepções dos usuários a respeito das vias institucionais como privilegiadas no processo de reivindicações de

---

7 Art. 6o da CF/1988. 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.
Art. 196 da CF/1988. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
Artigo 197 da CF/1988. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

direitos. Isto demonstra que, a oficialidade estatal se apresenta como estratégia frequente de resolução de conflitos e efetivação de direitos, revelando-se como oportunidades políticas de alta concorrência (ASENSI, 2013, p.54).

É notória a difícil conciliação entre o direito fundamental à saúde e a exigência de sua efetividade, em detrimento das prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, a adoção de políticas públicas primordiais, a escassez de recursos e todas as dificuldades enfrentadas pelo Estado no cumprimento das prerrogativas estabelecidas no texto constitucional.

5 DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A QUESTÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

A Fazenda Pública possui prerrogativas previstas em lei, como já foi objeto de análise, porém, no que diz respeito ao deferimento da tutela antecipada pleiteada a um cidadão, em face do poder público, referente ao direito fundamental à saúde, a proibição da irreversibilidade passa a ter uma análise com base na excepcionalidade da medida.

Por certo que, a disponibilização de serviço de saúde, através da concessão de uma liminar contra a Fazenda Pública, não afrontaria qualquer dispositivo das Leis n.º 8.437/1992 e 9.494/1997, pois, nessa hipótese a interpretação deve ser restritiva.

A não concessão da tutela antecipada, para alcançar o direito à saúde, principalmente quando se tratar de medida emergencial, onde o perigo de vida é iminente, acabaria por violar a garantia constitucional estabelecida nos Artigos 6 e 196 da Carta Magna, os quais asseguram o acesso igualitário aos serviços de saúde.

Nesse sentido, evidencia-se uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que compartilha desse entendimento, de que a irreversibilidade do provimento jurisdicional nessa hipótese deve ser relativizada. Aliás, parece ter sido pacificado esse entendimento, devido ao grande número de julgados nesse sentido:

UNILASALLE
CANOAS-RS

> "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. ADIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC, NÃO CONFIGURADA. ARTS. 475, 515, 558, 588, E 730 DO CPC; 5º DA LEI 4.348/64; 1º, § 4º, DA LEI 5.021/66; 28 DA LEI 9.868/99; 106, II, 108, I A VI, 94, VI, E 124 DA LEI 6.880/80; 34 DA LEI 4.375/64; 52, 139, §§ 2º E 4º, DO DECRETO 57.654/66. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ART. 2º-B DA LEI 9.494/97. PRESSUPOSTOS. REEXAME. SÚMULA 07/STJ.
> 1. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
> 2. A agravante limitou-se a apresentar razões genéricas sobre a negativa de vigência aos arts. 475, 515, 558, 588, e 730 do CPC; 5º da Lei 4.348/64; 1º, § 4º, da Lei 5.021/66; 28 da Lei 9.868/99; 106, II, 108, I a VI, 94, VI, e 124 da Lei 6.880/80; 34 da Lei 4.375/64;
> 52, item 3, 139, §§ 2º e 4º, do Decreto 57.654/66, não logrando demonstrar de que maneira o acórdão recorrido os teria violado. Incidência da Súmula 284/STF.
> 3. Esta Corte tem jurisprudência uniforme acerca a impossibilidade da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos casos em que o seu deferimento gere acréscimo ou extensão de vantagens a servidor público, nos moldes da vedação contida no art. 1º da Lei 9.494/97. No caso em análise, todavia, a tutela antecipada foi concedida para permitir a reintegração provisória do agravado ao Exército

> Brasileiro, na condição de adido, para fins de tratamento de saúde, ato que não se encontra inserido nas vedações elencadas no art. 2º-B da Lei 9.494/97.
> 4. A aferição da existência ou não de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, na forma do art. 273, § 2º, do CPC, exige a reapreciação de fatos e provas valorados pelo Tribunal *a quo*, o que é vedado pela orientação firmada na Súmula 7/STJ.
> 5. Agravo regimental não provido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1393117/RS., 2011/0002320-0, 1ª Turma, D.J.E 27.05.2011, Ministro Relator Benedito Gonçalves)."

De outra monta, não considerar o perigo de irreversibilidade por ocasião do deferimento, ou do indeferimento, de uma tutela antecipada contra o Poder Pública, em demandas que envolvem prestações de serviços de saúde, representa, talvez, uma afronta ao próprio direito da coletividade, baseado num sistema igualitário e universal criado pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Nessa senda, sabe-se que o Poder Judiciário deve ser cauteloso na emissão de ordens judiciais, por exemplo, para a realização de exames e cirurgias, pois estaria dessa forma criando uma nova ordem de atendimentos, importando, talvez, o não acesso à saúde por outro cidadão.

Por certo que, na análise de um pedido de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, referente ao direito à saúde pressupõe uma análise detalhada dos requisitos processuais inerentes à concessão da medida, assim como, a verificação detalhada do caso concreto apresentado.

No que diz respeito à irreversibilidade da tutela antecipada em detrimento da Administração Pública, também existem posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de cautela na concessão do provimento, inclusive, com reconhecimento do dever do cidadão beneficiado pela medida que tutelou a saúde, de devolver os valores recebidos em sede de tutela antecipada. Vejamos:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO. DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.
> 1. Hipótese em que, após a antecipação da tutela de forma irreversível (fornecimento de medicamentos pelo Estado), concluiu-se ser desnecessário o provimento de urgência. Contudo, não se reconheceu o direito da parte lesada de pleitear a recomposição de seu patrimônio indevidamente desfalcado, sob o argumento de que o bem jurídico tutelado (verba destinada a tratamento de saúde) possui natureza alimentar.
> 2. *Distinguishing*: inaplicabilidade do entendimento consagrado nas ações previdenciárias que versam sobre a irrepetibilidade do benefício pago a maior pelo Estado por ausência de similitude fática, com absoluta distinção de pressupostos concessivos.
> 3. De modo geral, constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida (art. 273, § 3º, do CPC).
> 4. Em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o Judiciário deferir a medida de urgência, independentemente de sua reversibilidade. Precedentes do STJ.
> 5. A natureza do bem jurídico, tutelado por antecipação, ou sua irreversibilidade não impedem, por si sós, que a parte lesada em seu patrimônio possa pleitear a restituição. Aplicação da regra *neminem laedere* (a ninguém prejudicar) e da vedação ao enriquecimento sem causa.
> 6. O caráter de excepcionalidade da medida de urgência deve orientar a prestação jurisdicional nos casos em que sua concessão não mais se justifica, sob pena de beneficiar poucas pessoas em detrimento de muitas. Se o magistrado antecipa a tutela de forma injustificada, não pode permitir que uma decisão de caráter precário – posteriormente considerada indevida ou injusta – prevaleça sobre interesses mais abrangentes do que o individual do jurisdicionado, sob pena de conferir verdadeiro salvo-conduto para as lides temerárias.
> 7. Recurso Especial provido para reconhecer o direito do Estado de pleitear a restituição *in integrum* dos valores despendidos a título de antecipação de tutela.

> (STJ, Recurso Especial n.º 1078011/SC, r2008/0169549-1, 2ª Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, D.J.E 24/09/2010).

Ainda, é preciso atentar-se para o fato de que a prestação de serviço de saúde também está adstrita à disponibilidade de recursos financeiros do Estado e tal verba destina-se a garantir às pessoas e à coletividade o bem estar físico, assim como o mental. Porém, o direito fundamental à saúde, mesmo sendo um direito supremo e intrínseco com a própria vida humana, também sofre restrições.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise das legislações ordinárias que regulam as prerrogativas da Fazenda Pública, como também na previsão do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil vigente, pode-se verificar que a questão da proibição da irreversibilidade do provimento que defere uma tutela antecipada, provavelmente, não sofrerá mudança no novo diploma legal.

Ademais, após análise de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça conflitantes, a respeito da concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, nas tutelas de acesso à saúde, quando houver iminente perigo de irreversibilidade do provimento, conclui-se que é pacífica a excepcionalidade dos pedidos antecipatórios que dizem respeito ao acesso à saúde.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação.* Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.*

CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietá della sentenza*, Milano, Giuffré, 1979, p. 47, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Antecipação da Tutela, 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada: Atualizada de acordo com as recentes reformas processuais.* 5ª Edição., 4ª Tiragem, Juruá Editora, Curitiba, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5ª edição rev. ampl. e atual.- São Paulo: Dialética, 2007.

CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL COMPARADOS. *Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73.* São Paulo: Atlas, 2015.

FRIEDE, Roy Reis, 1949. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar/* Reis Friede, Débora Maliki Menaged, Marcelo Menaged. – 7. Ed. – Rio de Janeiro: GZ, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A tutela antecipada da reforma do CPC de 1994, na perspectiva da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. Revista da AJURIS v. 31 n. 94 Junho/2004.

SCHWARTZ, Germano. *A saúde sob os cuidados do idoso: Artigo - "A antecipação de tutela no direito à saúde: aspectos relevantes (Ricardo Jacobsen Gloeckner)*", organizado por Germano Schwartz. – Passo Fundo: UPF, 2003.

A tutela antecipada no direito à saúde: Aplicabilidade da teoria sistêmica; obra conjunta com Ricardo Jacobsen Gloeckner. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 38ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 84, de 02.12.2014. – Malheiros Editores, 2014.

SOUTO, João Carlos. *A união federal em juízo.* Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

TALAMINI, Eduardo. "*Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro*", in *Revista de Processo*, vol. 209/2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela.* 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
STJ, *Agravo Regimento no Agravo de Instrumento n.º 1393117/RS., 2011/0002320-0, 1ª Turma, D.J.E 27.05.2011, Ministro Relator Benedito Gonçalves.* Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10.08.2015.

Recurso Especial n.º 1078011/SC, r2008/0169549-1, 2ª Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, D.J.E 24/09/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10.08.2015

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADE

CANOAS, 2016.

GÊNERO, FAMÍLIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DA DOMINAÇÃO SIMBÓLICA

Aline Fagundes dos Santos[1]

RESUMO: O termo gênero define as relações de poder entre os dois sexos, homem e mulher. A família no Brasil, que passou por diversas transformações sociais e culturais se apodera das funções atribuídas a seus integrantes (produtiva = macho e de reprodução = fêmea), a partir de construções baseadas em critérios de gênero. O Plano de Benefícios da Previdência Social reforça a desigualdade de gênero já presente em outros segmentos da sociedade, quando determina as regras de proteção e acesso a benefícios, conferido um tratamento diferenciado, a princípio mais benéfico às mulheres, para que elas possam continuar desenvolvendo suas funções de reprodução dentro da família, em que pese da dupla jornada laboral assumida. Assim, na tentativa de discutir este fenômeno propõe-se a seguinte reflexão: este modelo de proteção previdenciária atual, que reproduz a dominação simbólica existente na família patriarcal brasileira, serve para proteger os novos arranjos familiares? A proposta metodológica é a pesquisa bibliográfica e documental para atender a inquietação proposta. Como resultados até o presente momento, tem-se que o modelo atual consegue compensar apenas as famílias patriarcais, onde as rendas das seguradas irão compensar-se com as rendas dos segurados, seus esposos no momento da aposentadoria, tendo em vista o valor mais baixo que tendem a auferir, enquanto que as demais famílias, principalmente aquelas chefiadas por mulheres estarão sofrendo os efeitos do empobrecimento no futuro.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Família. Previdência. Social.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a questão que envolve o debate sobre gênero, família e benefícios previdenciários, levando-se em conta a obra de Pierre Bourdieu, sobre o tema da dominação simbólica, a fim de analisar se o atual Plano de Benefícios da Previdência Social comporta a proteção aos novos arranjos familiares.

Para realizar tal pesquisa optou-se em fazer uma revisão bibliográfica, com base em autores nacionais e internacionais que discutem sobre o tema, (BOURDIEU, BEAUVOIR, SCOTT, ANDREUCCI e outros), bem como uma análise no plano normativo, e ainda de dados oficiais de institutos de pesquisa no país que relatam a problemática envolvida neste debate, para ao final destacar algumas impressões deste fenômeno no futuro do Regime Geral de Previdência Social.

Assim, em um primeiro momento será abordado a questão terminológica sobre sexo, gênero e sexualidade, a fim de delimitação e esclarecimento dos termos utilizados no ensaio.

Posteriormente, a análise será da família ao longo da evolução da sociedade brasileira, com destaque as principais características de cada período, levando-se em conta principalmente os papéis atribuídos aos integrantes conforme os critérios de gênero.

Na sequencia, serão desenvolvidas análises comparativas em relação a Consolidação das Leis da Previdência Social, fruto do Decreto nº 89.312, que teve vigência no Brasil antes da Constituição Federal de 1988, e retratava um tipo de modelo familiar estritamente patriarcal, com o atual Plano de Benefícios da Previdência Social, contido na Lei Federal nº 8.213/91, que traz em seu bojo a família plural.

1 Doutoranda em Direito das Relações Sociais PUC-SP; *adv.alinefagundes@gmail.com*.

Por fim, na quarta e última parte do artigo, a partir dos dados do tópico anterior, serão analisados os principais benefícios previdenciários de aposentadoria, destacando-se as diferenças de gênero mantidas pela Previdência Social, bem como apontando-se os motivos para tais diferenciações, a fim de concluir se o atual modelo compensa efetivamente a todos, tanto homens como mulheres, ou se na verdade compensa apenas as mulheres ligadas ao arranjo contido na família patriarcal.

2 GÊNERO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO TEMA

Ao iniciar o estudo, torna-se importante delimitar alguns conceitos necessários à temática, sendo neste caso imperioso traçar breves considerações sobre sexo, gênero e sexualidade, termos que frequentemente são utilizados erroneamente como sinônimos.

Desta feita quando conceituamos sexo, estamos a tratar das diferenças biológicas entre homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos femininos e masculinos, bem como seu funcionamento e todo o aspecto hormonal que os diferencia e lhe atribui funções específicas, como a capacidade de gerar ou não uma nova vida.

Sob este aspecto: "A divisão dos sexos é, com efeito, um dado biológico e não um momento da história da humana", de acordo com Beauvoir (1949, p. 13).

Por outro lado, no tocante ao termo gênero, percebe-se que a expressão passou a ser empregada exatamente como uma forma de rejeição ao determinismo biológico, baseado apenas em critérios de sexo, situando assim a discussão no âmbito da organização social da relação entre os dois sexos.

Nesse sentido, o termo gênero surge historicamente para se referir às diferenças culturais entre os dois sexos e designar as relações sociais entre eles, como verdadeira categoria analítica de discussão, sendo assim:

UNILASALLE CANOAS

> Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo "gênero" torna-se uma forma de indicar "construções culturais" – a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. "Gênero" é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos sobre sexo e sexualidade, "gênero" tornou-se uma palavra particularmente útil, pois oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papeis sexuais atribuídos às mulheres e aos homens (SCOTT, 1995, p. 75).

Segundo (SCOOT, 1995), ao analisarmos gênero, podemos dizer também que se refere às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres, e que é o resultado de uma construção social do papel de cada um deles na sociedade, a partir das diferenças sexuais, ou seja, o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder.

A partir deste aspecto é possível perceber que são as regularidades da ordem física e da ordem social que impõem as medidas que excluem as mulheres das tarefas mais nobres da cadeia produtiva, e consequentemente de maior valor, delegando a elas aquelas de menor importância, como por exemplo, carregar o estrume, juntar as azeitonas do chão durante a colheita junto com as crianças, enquanto que aos homens cabe manejar a vara para fazê-las cair das arvores, ou seja, tirando partido das diferenças biológicas que aparecem estar à base das diferenças sociais (BOURDIEU, 2002).

Por sua vez, o conceito de sexualidade refere-se ao dado sexual, que se define pelas práticas erótico-sexuais nas quais as pessoas se envolvem, bem como pelo desejo e atração que leva a sua expressão (ou não) através de determinadas práticas. Esse dado também é chamado por alguns/as de

"orientação sexual", e comumente classifica as pessoas em "heterossexuais", "homossexuais" e "bissexuais".

Por ora, e diante do tema proposto neste ensaio que é a análise dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social à luz da dominação simbólica de Pierre Bourdieu, passaremos a utilizar a terminologia gênero, para discutir o papel de cada um dos beneficiários das prestações sociais em tela, tendo em vista este ter sido também o critério utilizado pelo legislador pátrio quando determinou os requisitos para o alcance de diversas prestações.

Sendo assim, superado as questões terminológicas quanto à temática proposta, e com a apropriação do termo "gênero" e todo o seu significado histórico e cultural, passa-se a seguir a análise dos papéisdesenvolvidos no interior das famílias brasileiras por parte de seus agentes, pretensos beneficiários da Previdência Social brasileira.

3 A FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A família no Brasil sempre possuiu importante relevância social e jurídica, estando atualmente e por este motivo protegida ainda hoje no plano normativo constitucional, conforme o artigo 226 da atual Constituição Federal, a qual preconiza que a mesma constitui a base da sociedade merecendo especial atenção do Estado.

Todavia, o atual o modelo de família protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro é bem diferente daquele presente no período da colonização do país, nos idos de 1500, isso porque a mesma constitui um elemento que está em constante mutação, e sendo um "elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado", conforme Engels (1984, p. 65).

Assim, no Brasil como em todo o mundo ocidental, a família teve importante papel na evolução da sociedade, desde o pater famílias baseado no direito romano, com forte presença da religião e até muitas vezes confundindo-se a ela,[2] até os mais novos arranjos familiares, muitos deles afastados de qualquer dogma religioso,[3] fruto da pós-modernidade e da liberdade individual.

Neste sentido:

> Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiais, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista, na qual se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais (HIRONAKA, 2006, p. 156).

Sob este aspecto é importante ressaltar que além do modelo de família ter sido alterado com o passar dos anos, as funções de seus membros também foram modificadas consideravelmente levando-se em conta o critério de gênero – fruto da construção social, o que acaba repercutindo no campo jurídico, eis que o Direito não deve ficar alheio a realidade social.

2COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 58. "O que une os membros da família antiga é mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural".

3 MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 25. "Este é, portanto, o perfil da família plural, que se estrutura e convive a partir da afetividade, razão da existência da tradicional família matrimonial, da constituição da união estável, assim como se mostra intensamente presente na família monoparental, na família homoafetiva, na família anaparental, na família reconstituída, na família paralela, na família eudemonista, e igualmente identificado na família poliafetiva".

Desta forma:

> Sem dúvida está implícito que os arranjos sociais que exigem que os pais trabalhem e as mães executem a maioria das tarefas de criação das crianças estruturam a organização da família. Mas não estão claras a origem nem as razões pelas quais eles estão articulados em termos de uma divisão sexual do trabalho. Tampouco se discute a questão da desigualdade, por oposição à da assimetria. Como podemos explicar, no interior desta teoria, a persistente associação entre masculinidade e poder, o fato de que se valoriza mais a virilidade do que a feminilidade? Como podemos explicar a forma pela qual as crianças parecem aprender essas associações e avaliações mesmo quando elas vivem fora de lares nucleares, ou no interior de lares onde o marido e a mulher dividem as tarefas familiares? Penso que não podemos fazer isso sem conceder uma certa atenção aos sistemas de significado, quer dizer, aos modos pelos quais as sociedades representam o gênero, servem-se dele para articular as regras de relações sociais ou para construir o significado da experiência. Sem significado, não há experiência; sem processo de significação, não há significado (SCOTT, p. 81-82).

Como se observa, os papéis de gênero estão fortemente desenhados em nossa sociedade, sendo ele uma forma primária de dar significado às relações de poder, tornando-se imperioso destacar brevemente o papel de todos os integrantes do grupo familiar, a fim de adentrar na análise do campo previdenciário posteriormente.

Desta maneira partindo-se de uma abordagem a nível legislativo é possível perceber primeiramente no país, a presença de uma família patriarcal, com raízes no direito romano e medieval, passando por uma família burguesa, fruto do estado moderno, até a atual família pós-moderna.

Neste contexto, no período colonial a família brasileira pode ser comparada com aquela presente no período medieval, extremamente patriarcal, com o poder centrado no pater famílias, tendo o pai o poder de vida e de morte sobre os filhos, sendo a mulher totalmente subordinada à autoridade marital, podendo inclusive ser repudiada por ato unilateral do marido (GONÇALVES, 2014, p. 31).

Outra característica marcante é a de que a família existente no Brasil desde o período colonial até o final do século XIX era bastante extensa e vivia em grande parte na área rural, tendo as funções reprodutivas da mulher grande relevância, haja vista a necessidade de vários filhos para a realização das atividades campesinas e ajuda mútua entre seus membros.

Contudo, no decorrer dos anos, já no final do século XIX e início do XX, e o processo de industrialização vivido no país, muitas famílias deixaram a área rural para se instalaram nos grandes centros urbanos, em busca de trabalho nas fábricas como forma de sobrevivência, sendo que neste momento o grupo familiar perdeu a sua função econômica, o que pode ser percebido pela diminuição da quantidade de filhos.

Madaleno (2013), destaca com precisão o modelo de família neste período:

> Surgiu pequeno grupo, formado por pais e filhos, centrando no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição dos seus assuntos familiares mais íntimos. No começo, a tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, no trato diário da prole conjugal e conferir ao esposo a chefia econômica do lar. Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, ficava fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal, assumindo as tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual, num papel de inquestionável subserviência da mulher, em inaceitável desigualdade em relação ao homem (p. 39).

Desta forma, ao longo do século XX, a família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada e sua função econômica perdeu o sentido – sendo assim desnecessária uma grande quantidade de filhos como no passado, eis que a mesma não representava

mais uma unidade produtiva, nem mesmo um seguro contra a velhice, cuja atribuição havia sido transferida ao Estado, através dos mecanismos de previdência social, (LOBO, 2011, p. 19-20).

Num momento posterior, fruto deste processo de deflagração da industrialização no país, e seguindo as tendências internacionais, até mesmo as mulheres foram convocadas a suprir as demandas nas fábricas, pois se até então sua força física lhe pesava de forma negativa no tocante aos trabalhos pesados – ditos de produção, desempenhados apenas pelos homens, agora com o desenvolvimento da energia tudo era compensado simplesmente com o aperto de um botão (BEAUVOIR, 1970, p. 74).

Assim, uma característica marcante deste período:

> A mulher reconquista uma importância econômica que perdera desde as épocas pré-históricas, porque escapa do lar e tem, com a fábrica, nova participação na produção. É a máquina que dá essa modificação violenta, porque a diferença de força física entre trabalhadores masculinos e femininos se vê, em grande número de casos, anulada. Com o súbito desenvolvimento da indústria exige uma mão-de-obra mais considerável do que a fornecida pelos trabalhadores masculinos, a colaboração da mulher é necessária. Essa é a grande revolução que, no século XIX, transforma o destino da mulher e abre, para ela, uma nova era (BEAUVOIR, 1970, p. 74).

Neste período, também seguindo as tendências europeias instala-se no Brasil, a família burguesa, que acredita no amor conjugal e na individualização dos desejos, sendo que desempenha exatamente o papel que lhe é prescrito no processo de valorização do capital, atribuindo uma sequencia genealógica que consiste na sua acumulação, ancorada na livre herança da propriedade (HABERMAS, 2003, p. 64).

Desta forma, ao longo do século XX, e por conta do processo de emancipação feminina, fruto da feminização do mercado de trabalho, a família modificou-se substancialmente sendo-lhe atribuído novo sentido, fazendo desaparecer em muitos lares a família estritamente patriarcal, emergindo assim novos arranjos familiares, alguns até mesmo chefiados pelas próprias mulheres.

Entretanto, apesar do ingresso da mulher nas atividades produtivas da sociedade, ainda é bastante presente a ideia de que apenas ela deve ser responsabilizada pelas tarefas de reprodução social, fazendo-a assim a desenvolver uma dupla jornada, partindo-se do pressuposto que somente ela teria condições de desempenhar tais funções com maestria, por conta de seus dons naturais.

Sob este aspecto Ramos (2011) adverte:

> Segundo essa perspectiva, portanto, o principal fator explicativo da repartição doméstica de tempo dedicado ao trabalho é a categoria de gênero, que no âmbito desta análise se entende como uma "construção social, cultural e psicológica que se impõe sobre as diferenças biológicas" (PISCITELLI, 1997, p. 65) relacionadas ao sexo. Embora essa construção varie entre culturas, ela sempre faz referência à diferença sexual (distinção entre homem e mulher, macho e fêmea), segundo Psicitelli (1997), e é indispensável considerá-la porque permite compreender uma dimensão fundamental de como estão estruturadas as relações sociais (RAMOS, 2011, p. 23).

Contudo, apesar desta construção social arraigada no seio de nossa sociedade e ainda muito presente nos dias atuais, é importante perceber e reconhecer, conforme alerta Giddens (2007, p. 22), que as mulheres já não estão "fadadas" à vida de domesticidade e à criação dos filhos, sendo que as mesmas ingressaram na força de trabalho em grande escala, e consequentemente adquiriram muitas liberdades, as quais inclusive por muito tempo pertenceram com exclusividade aos homens, sendo que este é um fenômeno global.

Todavia, em que pese todas estas transformações sociais, advindas ao longo do século XX, muitas delas relacionadas ao trabalho feminino e também ao surgimento de novos arranjos familiares,

o Estado ainda percebe a mulher como a única responsável pelo trabalho de reprodução da família, seja aquele relacionado a própria maternidade em si, o que na verdade está mais associado a questão biológica, como também a única responsável pelo cuidado do grupo familiar, questão relacionada ao conceito de gênero e as construções sociais, fruto do modelo patriarcal desenvolvido no país por vários anos.

Neste sentido, apesar da mulher estar a cada dia mais conquistado seu espaço no mercado de trabalho formal, em razão da legislação constitucional e trabalhista, ela ainda é tratada como a única ou a principal responsável pelo cuidado do grupo familiar, o que de certo modo tende a justificar a sua renda ser apenas "complementar" ao do esposo/companheiro, questão que pode ser comprovada pela análise dos dados pertinentes aos rendimentos femininos no mercado de trabalho,[4] o seu nível de ocupação[5] e as horas dedicadas ao trabalho doméstico,[6] bem como nas regras de acesso aos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social, organizados na forma de compensação do sexo frágil, que para o Estado continua sendo o responsável por tais tarefas.

3 A FAMÍLIA NO PLANO DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM RETRATO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Tanto a legislação atual que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social, exposta na Lei Federal nº 8.213/91, bem como a Consolidação das Leis da Previdência Social, exposta no Decreto nº 89.312/84, aplicada no Brasil anteriormente trazem em seu bojo benefícios previdenciários específicos voltados aos dependentes, destinados à proteção da família dos segurados da Previdência Social.

O atual Plano de Benefícios da Previdência Social, detalhado na Lei Federal nº 8.213/91, retrata a família pós Constituição Federal de 1988, sendo que seu artigo 16 elenca um rol de dependentes previdenciários levando em conta uma sociedade pós-moderna que prestigia a igualdade de gênero, conforme segue:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

No tocante aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes especificamente é importante registrar que tanto homens e mulheres são protegidos em igualdade de condições, diferentemente do que ocorria antes da Constituição Federal de 1988, conforme pode ser conferido pela a análise da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 89.312/84:

> Art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:

4Conforme dados do IBGE, referente ao ano de 2013, embora a diferença de renda entre homens e mulheres tenha diminuído nos últimos anos, as mulheres ainda recebem 30% a menos do que os homens.

5 Também de acordo com dados do IBGE, referente ao ano de 2014, observou-se que a taxa de desemprego das mulheres no período era de 7,7%, contra 5,6% dos homens, ou seja, as mulheres quando desempregadas permanecem por mais tempo nesta condição.

6 Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) entre 2001 e 2012, mesmo as mulheres que cumpriam jornadas de trabalho de 40 a 44 horas semanais, dedicavam entre 20 e 25 horas semanais com cuidados com a casa e os filhos, enquanto que seus parceiros gastavam apenas 8 a 9 horas por semana, com tais afazares.

> I - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida;
> II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só pode ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida;
> III - o pai inválido e a mãe;
> IV - o irmão de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a irmã solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida.

Através de uma observação preliminar já é possível perceber o tratamento diferenciado dispensado entre as duas legislações em relação à condição de cônjuge, sendo que na legislação atual ambos são protegidos (tanto homens como mulheres), enquanto que na legislação pretérita somente a esposa recebia total proteção, enquanto que o marido, apenas o inválido era contemplado, demonstrando aí uma desigualdade de gênero importante e a presença integral da família patriarcal, tendo a figura do pai como o único provedor do grupo.

Quanto aos companheiros, a atual legislação previdenciária também tratou de forma igual homens e mulheres, sendo que na legislação pretérita apenas a companheira mantida há mais de cinco anos era protegida, enquanto que o companheiro não recebia proteção alguma, ou seja, era tratado de forma até mesmo inferior ao marido, que no caso de invalidez recebia alguma proteção.

Em relação aos filhos a legislação atual também evolui tratando de forma igual, ambos os sexos, pois na legislação passada os filhos eram protegidos apenas até completarem 18 anos de idade, enquanto que as filhas, na condição de solteiras eram protegidas até completarem 21 anos de idade, excetuando-se aos filhos inválidos que mesmo após estas idades eram protegidos de forma igual pelo sistema previdenciário.

No que diz respeitoà proteção aos pais, a atual legislação não traz nenhuma diferença em relação a ambos, apenas exige que a dependência econômica em relação ao segurado instituidor seja comprovada para que o benefício venha a ser deferido, situação que na legislação pretérita havia sido tratada de forma diferente, eis que a mãe era contemplada integralmente enquanto que o pai, apenas na condição de inválido, ou seja, recebia o mesmo tratamento que o marido, denotando uma diferenciação por gênero também.

Assim, pela análise comparativa das duas legislações, tanto a Consolidação das Leis da Previdência Social, fruto do Decreto nº 89.312/84, bem como o atual Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei Federal nº 8.213/91, é possível perceber que ocorreu um ajuste legislativo, com uma tentativa de acompanhar a evolução social, conferindo-se igualdade no tratamento entre homens e mulheres perante a Previdência Social, e também na forma de organização familiar, reconhecendo-se a união estável como um tipo de família a ser protegida, o que de certo modo vem ao encontro da Constituição Federal de 1988, pautado sobre o principio da igualdade entre homens e mulheres, conforme artigo 5º e a pluralidade familiar, prevista no artigo 226º.

Além, disto também é possível perceber uma preocupação do legislador com a proteção específica da mulher após o advento da Constituição Federal de 1988, pois se no rol de dependentes previdenciários a mesma já possuía uma proteção maior em relação ao seu parceiro, fruto da família patriarcal até então dominante, o mesmo não era o que ocorria quanto ao tratamento dispensado em relação aos benefícios a elas concedidos, tendo em vista o trabalho feminino não possuir forte prestígio, vide o caso da aposentadoria por idade das trabalhadoras rurais, na condição de segurada especial.

Desta forma, conforme as modificações introduzidas na legislação após 1988, as mulheres trabalhadoras rurais passaram a ter direito à aposentadoria por idade, a partir dos 55 anos de idade, independentemente de o cônjuge já ser beneficiário ou não, ou receberem pensão por morteem razão do falecimento do cônjuge, proteção esta inexistente até aquele momento.

Ainda sobre a ampliação de direitos das trabalhadoras rurais, na condição de seguradas especiais, temos também a questão pertinente ao salário-maternidade que lhes foi conferido o direito a partir de 1993:

> A legislação aprovada em 1988, além da aposentadoria, previa a concessão do salário-maternidade às mulheres trabalhadoras rurais, mas este item foi vetado pelo Presidente Collor por ocasião da regulamentação da legislação previdenciária em 1990. Posteriormente, graças às pressões exercidas pelos movimentos de mulheres trabalhadoras rurais junto aos parlamentares, seu direito ao salário-maternidade foi aprovado em agosto de 1993 e regulamentado um ano depois. Através deste benefício, quando têm um filho(a), as mulheres trabalhadoras rurais passam a receber um benefício equivalente a um salário-mínimo mensal, durante quatro meses (120 dias), benefício que, na Constituição de 1988, foi estendido de três para quatro meses para as trabalhadoras urbanas (BRUMER, 2002).

Sendo assim, superadas algumas distorções de gênero e ampliados alguns direitos previdenciários das mulheres em relação aos homens, fruto do reconhecimento de seu trabalho de produção por parte do Estado, passa-se a seguir a análise do plano atual de proteção social do Regime Geral de Previdência Social, exposto na Lei Federal nº 8.213/91.

4 O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO UM ESPAÇO DE REPRODUÇÃO DA DOMINAÇÃO SIMBÓLICA

Em relação aos direitos previdenciários no Brasil, é importante registrar que a partir de 1988, com o retorno do país a democracia e, ainda a preocupação integral com a pessoa humana, esses direitos representados em prestações e serviços irão ter o papel de realçar a função do Estado na busca do bem-estar social, e na tentativa inclusive de equalizar questões de gênero em nossa sociedade.

Neste viés a estruturação do sistema de proteção previdenciária, elencou diversos riscos sociais, entre eles a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, maternidade, a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário e a proteção dos dependentes dos segurados de baixa renda.

Em âmbito infraconstitucional o legislador estabeleceu os benefícios previdenciários específicos para cobertura dos riscos indicados acima, e ainda as regras próprias para o alcance de cada uma das prestações, conforme segue insculpido na Lei Federal nº 8.213/91, entre eles os benefícios de aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, especial, ainda os benefícios de auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-reclusão, abono anual e seguro desemprego.

Sob este enfoque, é interessante mencionar que todos os benefícios referidos, titulados na Lei Federal nº 8.213/91, estão disponíveis tanto para homens como para mulheres, diferentemente do que ocorre na seara trabalhista, em que existe clara diferenciação de gênero em relação a algumas proteções, como é o caso da maternidade.

Entretanto é claro que alguns benefícios comportam peculiaridades no tocante a forma de acesso em relação ao gênero, como por exemplo, idade mínima, quantidade mínima de contribuições, ou então o direito ao recebimento apenas em condição alternativa, situação pertinente ao benefício de salário-maternidade.

Contudo, em que pese as peculiaridades específicas percebe-se que sob o manto da Constituição Federal de 1988, ao menos de forma aparente, tanto homens como mulheres passaram a ser protegidos pelo sistema previdenciário, abandonando-se ideias do passado que não reconheciam algumas mulheres como sujeito de direitos previdenciários, como era o caso da segurada especial destacado anteriormente.

Hoje, os exemplos mais clássicos que demonstram o tratamento diferenciado por parte do legislador constitucional a homens e mulheres na previdência social, junto ao RGPS, dizem respeito aos benefícios de aposentadoria, entre eles a aposentadoria por idade, e a aposentadoria por tempo de contribuição, em razão do cuidado do Estado com as funções de reprodução desenvolvidas na família, praticamente ainda sob a responsabilidade exclusiva das mulheres.

No tocante ao benefício de aposentadoria por idade, o artigo 201, § 7º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, declara que o segurado homem, aos sessenta e cinco anos de idade, e a segurada mulher, aos sessenta anos de idade, terão direito ao benefício em tela após, cumprida a carência mínima que atualmente corresponde a cento e oitenta contribuições, sendo que no caso de trabalhadores rurais, estas idades serão reduzidas proporcionalmente para ambos os sexos em cinco anos de idade, o que por si só já denota um tratamento diferenciado.

No que diz respeito a aposentadoria por tempo de contribuição, mais uma demonstração de tratamento diferenciado entre ambos os sexos, pois o artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, destaca já com a alteração da Emenda Constitucional nº 20/98, que o benefício será devido a partir dos trinta e cinco anos de contribuição, no caso de segurado do sexo masculino, enquanto que para as seguradas de sexo feminino, o benefício será devido, cinco anos antes, ou seja, com trinta anos de contribuição.

Ainda de acordo com a recente regra contida na Lei Federal nº 13.183/15, que também prevê a possibilidade de concessão do benefício de aposentadoria por tempo contribuição, todavia sem a incidência do fator previdenciário, é possível perceber que o legislador novamente optou em tratar de forma diferenciada o direito de acesso a este benefício, a partir da perspectiva de gênero, pois determinou que deva ser cumprida a fórmula 85/95, sendo que as seguradas deverão contar com no mínimo 30 anos de contribuição, e os segurados com no mínimo 35 anos de contribuição, onde que a soma destes anos de contribuição com a idade no momento da concessão do benefício deverá atingir 85 pontos para as mulheres, e 95 para os homens, uma diferença que na prática já mantem os mesmos 5 anos de redução em relação a aposentadoria por tempo de contribuição, e também os 5 anos já contidos na aposentadoria por idade.

UNILASALLE
CANOAS-RS

Como se observa, foi opção constitucional tratar de forma diferenciada os segurados da previdência social, vinculados ao RGPS, levando-se em conta o critério de gênero, pelo menos no que diz respeito aos benefícios de aposentadoria, pois são ainda presentes as discriminações no mundo do trabalho em relação à mulher, e por isso um tempo de contribuição menor e uma idade também menor para o acesso a tais prestações.

Desta forma, o tratamento dispensado pelo legislador no tocante ao princípio da igualdade está relacionado ao seu aspecto material:

> [...] o princípio da igualdade jurídica já não mais se encontra cingido a uma igualdade formal ou isonômica, mas aos poucos vai se afirmando como uma igualdade material, por meio da implementação consciente e necessária de hábeis políticas públicas voltadas à minoração das desigualdades e a instauração de uma isonomia real. A declaração da igualdade perante a lei é imprescindível no campo do reconhecimento do direito, mas o efetivo exercício dos direitos sociais, que garantem patamares mínimos de acesso a bens considerados essenciais, garante a igualdade material (ANDREUCCI, 2010, p. 119).

Todavia, através deste modelo, que prestigia a proteção e a compensação da mulher, em razão da maternidade e do cuidado com a família, em relação ao acesso aos benefícios previdenciários, o Estado sobrecarrega ainda mais as seguradas, pois em razão desta "pseudo-proteção", as mesmas acabam sempre auferindo os menores salários ao longo da vida laboral, e, consequentemente os menores benefícios previdenciários na velhice.

Assim, de acordo com o atual arranjo legislativo, no tocante ao Regime Geral de Previdência Social, tem-se um campo fértil para a reprodução do modelo de dominação simbólica destacado por Bourdieu, eis que ali estão reunidas todas as condições para o seu pleno exercício.

Este cenário fortalece a divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres durante toda a sua vida laboral, pois ao conferir está "pseudo-proteção" às seguradas, com tempo de contribuição e idade menor do que a de seus parceiros, o Estado acaba impondo a elas o ônus pelo cuidado da família, ou seja, em termos de organização do grupo familiar, são elas que devem abdicar de sua vida profissional para as tarefas de reprodução, já que possuem regras mais brandas de acesso aos benefícios previdenciários.

Desta forma o sistema previdenciário está articulado para funcionarcomo um mecanismo de compensação às mulheres, pois apesar de elas possuírem regras mais brandas do que seus parceiros, elas também continuam sendo responsáveis pelo trabalho de reprodução extremamente necessário para o capital, e no futuro sua renda da aposentadoria, (mesmo que de valor mais baixo) serásomada ao do marido/esposo, tornando-se assim suficiente para completar os ganhos da família e garantir uma velhice tranquila a ambos.

Sob este aspecto, é bastante claro que a inserção da mulher no mercado de trabalho não significou, em tese, uma ruptura com a sua responsabilização em relação às atividades domésticas e com a reprodução social, ou seja, a mulher está conquistando seu lugar no espaço público, o que é conveniente para toda a sociedade, tendo em vista o ganho social do trabalho feminino, mas não está se desvencilhando de suas obrigações de forma integral no espaço privado, a fim de poder dedicar-se de forma integral a sua vida profissional.

Por este motivo, a entrada da mulher no mercado de trabalho e a manutenção de sua dupla jornada foi um ponto decisivo para a continuação desta diferenciação em relação aos homens no sistema protetivo do Regime Geral de Previdência Social, pois apesar deste ingresso cada vez maior de trabalhadoras junto a setores produtivos da economia do país, as mulheres continuam sendo em grande maioria as únicas responsáveis pelas tarefas domésticas.

Neste sentido, a própria “educação sexista, desenvolvida em nossa sociedade não educa homens e mulheres apenas de forma diferente, mas, também, desigual, levando muitas mulheres a crerem que possuem uma essência que as tornam naturalmente mais aptas para determinados trabalhos”, (CISNE, 2012, p. 110), e que por conta disto possuem uma capacidade polivalente capaz de absorver atividades na esfera pública, como também manter de forma isolada e sozinha as responsabilidades pela esfera privada.

Sob este aspecto (BEAUVOIR), já alertava que a igualdade entre os dois sexos somente seria possível quando ocorresse a entrada de todo o sexo feminino na atividade pública, neste sentido em que pese o ingresso ter ocorrido, o capital ainda necessita do trabalho de reprodução feminino, em razão da docilidade da mulher.

Por outro lado, Bourdieu também destaca a chamada vocação feminina, que tem produzido encontros harmoniosos que fazem com que as vitimas da dominação simbólica cumpram com felicidade as tarefas subordinadas ou subalternas que lhe são atribuídas, da mesma forma que muitas seguradas no momento do jubilamento sentem-se protegidas pelo Estado por conta da chamada “pseudo-proteção”.

Bourdieu (2002), explica:

> Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento.

Assim, em razão da dupla jornada e das menores oportunidades de trabalho, a mulher durante sua vida laboral, acaba tendo um período de trabalho formal menor do que o homem, e desta forma a regras de aposentadoria visam compensar esta desigualdade; contudo, esta situação parece garantir uma proteção, ao menos de forma aparente, apenas as mulheres casadas, cujas rendas seriam compensadas pela dos esposos no momento da aposentadoria, que em razão do trabalho de reprodução desenvolvido pelas suas companheiras, puderam ao longo de suas vidas dedicarem-se integralmente ao trabalho formal.

A pergunta que se faz diante deste arranjo do Regime Geral de Previdência Social é como ficam os demais modelos de família, principalmente aqueles chefiados por mulheres, hoje tão comuns em nossa sociedade, e consequentemente como ficarão estas mulheres/seguradas na velhice, no momento da aposentadoria, sendo que já terão sofrido ao longo de toda a sua vida laboral a discriminação por serem mulheres trabalhadoras, e no momento do jubilamento não terão um parceiro, com renda mais elevada para compensar a sua, onde estará a proteção previdenciária e o princípio da igualdade?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos dados levantados até o momento, no tocante aos valores dos benefícios previdenciários auferidos por homens e mulheres junto a Previdência Social, é possível concluir que o atual sistema de proteção social do Regime Geral de Previdência Social necessita de revisão urgente.

Primeiro, porque os benefícios pagos pela Previdência Social não protegem da mesma forma homens e mulheres, seja no quesito quantidade de prestações pagas, ou qualidade de seus valores, eis que existe uma desigualdade de gênero exorbitante.

Segundo, porque apesar deste modelo atual poder proteger um tipo de família, no caso a patriarcal, estando na velhice o casamento ainda mantido, e dai ocorrendo a união das rendas entre homens e mulheres, o modelo não protege os demais arranjos familiares, como por exemplo, aqueles chefiados pela mulher sozinha, que já ao longo de sua vida laboral auferiu os menores salários da cadeia produtiva, e agora no momento da aposentadoria será contemplada com um valor extremamente baixo, e que não terá um parceiro para compensar sua renda.

Desta feita a revisão é necessária para que o modelo proteja de forma igual, homens e mulheres, independente de sua condição como membro integrante de uma família, seja ela qual for, sob pena do empobrecimento em massa da população idosa feminina já nas próximas décadas.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: análise da necessária revisão do tratamento diferenciado à mulher nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição na Constituição Federal de 1988. São Paulo: PUC-SP, 2010. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Fatos e mitos; tradução Sergio Milliet. São Paulo: Divisão Europeia do Livro, 1970.

BORDIEU, Pierre. A dominação masculina. Tradução Maria Helena Kühuner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRUMER, Anita. Previdência Social Rural e Gênero. Cadernos de Sociologia – UFRGS: Porto Alegre, nº 7, Jan./June 2002.

BRASIL. Consolidação das Leis da Previdência Social, de 23 de janeiro de 1984. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jan. 1984. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89312-23-janeiro-1984-439638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm >. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Lei Federal nº 13.183, de 04 de novembro de 2015. Dispõe sobre a regra de não incidência do fator previdenciário nos benefícios de aposentadoria e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 nov. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm>. Acesso em: 15 agos. 2015.

_____. Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Brasília: MPS/DATAPREV, 2013.

CISNE, Mirla. Gênero, divisão sexual do trabalho e serviço social. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2012.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado; tradução José Silveira Pães; apresentação Antônio Roberto Bertelli. São Paulo: Global, 1984.

GIDDENS, Anthony. O debate global sobre a Terceira Via; tradução Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6, 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jurgen. Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: A família, seus status e seu enquadramento na pós-modernidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, p. 153 – 167, jan./dcz. 2006.

LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RAMOS, Daniela Peixoto. Pesquisas de usos do tempo: um instrumento para aferir as desigualdades de gênero. In: BONETTI, Alinne de Lima; ABREU, Maria Aparecida A. (Orgs). Faces da

UNILASALLE CANOAS-RS

Desigualdade de Gênero e Raça no Brasil. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília. 2011, p. 46.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995.

UNILASALLE
CANOAS-RS

O DEBATE ACERCA DA IDADE DA MULHER PARA INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS DO TJRS

Caroline Machado de Oliveira Azeredo[1]
Jayme Weingartner Neto[2]

RESUMO: O presente trabalho contém resultados parciais de pesquisa empírica realizada no TJRS para identificar os critérios de incidência da Lei 11.340/2006. O objetivo deste artigo é apresentar as principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista o critério idade da mulher em situação de violência, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões. A verificação das decisões judiciais foi efetuada a partir do método de análise de conteúdo. Em todos os casos, o debate está centrado na possibilidade de enquadrar ou não a violência perpetrada contra a mulher na Lei 11.340/2006. Ressalte-se haver posições divergentes em relação à idade da mulher para receber a proteção da Lei Maria da Penha: a) no que diz respeito à possibilidade da criança, da adolescente ou da idosa sofrer violência de gênero no âmbito doméstico e familiar; b) sobre quais fatores preponderam na consideração da vulnerabilidade/hipossuficiência, se a idade ou o gênero.

Palavras-chave: Mulher. Idade. Violência de gênero. Lei Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero é um problema recorrente na sociedade brasileira. Dados apontam que 106.093 mulheres foram mortas de 1980 a 2013 no Brasil, a metade delas nesta última década. (WAISELFISZ, 2015). Todavia, o atual estágio civilizacional repudia a situação de opressão de gênero, passando os Estados e a sociedade a tomar uma série de providências para coibi-la.

O Brasil ratificou convenções internacionais buscando combater a discriminação contra a mulher e todas as formas de violência de gênero, dentre as quais merecem destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Constituição Federal também se preocupou em combater a violência no âmbito da família e a discriminação contra a mulher, consagrando princípios, garantias e direitos, com ênfase no artigo 226, § 8º, que comanda a criação de mecanismos para coibir a violência nas relações familiares.

Desta forma, a Lei Maria da Penha foi criada para cumprir essa determinação constitucional, bem como densificar a normativa internacional. A partir da vigência da nova lei, há mecanismos para garantir à mulher sua integridade física, psicológica e sexual. Além disso, a criação deste microssistema é a forma de efetivar proteção diferenciada a quem, em razão de um quadro histórico de discriminações, não está em condições de igualdade.

Este artigo é fruto de pesquisa empírica realizado no TJRS para identificar os critérios de incidência da Lei 11.340/2006. Contudo, o objetivo, neste momento, é apresentar as principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista o critério idade da mulher em

1 Mestre em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE), especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) e bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE). Advogada e analista jurídica do Núcleo de Prática Jurídica do UNILASALLE. carolineazeredoadv@yahoo.com.br

2 Doutor em Direito (PUCRS) e Mestre (Coimbra). Professor do PPG em Direito do Centro Universitário La Salle (UNILASALLE). jwneto@tj.rs.gov.br

situação de violência, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões.

O trabalho apresenta pesquisa bibliográfica descritiva, com caráter interdisciplinar, recorrendo-se obras não só da área jurídica, mas também da História, Sociologia, Psicologia e Antropologia, assim como a pesquisa empírica em decisões judiciais do TJRS, que revelou as principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista a idade da mulher em situação de violência, a partir da técnica de análise de conteúdo.

2 A LEI MARIA DA PENHA NO CONTEXTO DO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Para entender o fenômeno da violência contra a mulher, é necessário falar sobre gênero. O conceito de gênero foi elaborado a partir dos anos setenta, na segunda fase do feminismo, principalmente no campo das ciências sociais, sendo incorporado às diversas correntes feministas. Conforme Scott (1990), o gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, fundado nas diferenças percebidas entre os sexos. E, ainda, o gênero é uma primeira maneira de dar significado às relações de poder. Logo, existe uma diferença entre sexo e gênero, sexo é a categoria biológica, e gênero é a expressão culturalmente determinada da diferença sexual. Nesse contexto, Meyer (2007) define gênero:

> O conceito de gênero passa a englobar todas as formas de construção social, cultura e linguística implicadas com processos que diferenciam mulheres de homens, incluindo aqueles processos que produzem seus corpos, distinguindo-os e separando-os como corpos dotados de sexo, gênero e sexualidade. [...] Gênero aponta para a noção de que, ao longo da vida, através das mais diversas instituições e práticas sociais, nos constituímos como homens e mulheres, num processo que não é linear, progressivo ou harmônico e que também nunca está finalizado ou completo. (MEYER, 2007, p. 16).

UNILASALLE CANOAS-RS

Para Teles e Melo (2002, p. 16), o termo gênero é utilizado para demonstrar as desigualdades socioculturais existentes entre homens e mulheres, que repercutem na esfera da vida pública e privada, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente e estabelecem relações de dominação e submissão.

Desse modo, as diferenças entre homens e mulheres não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que são construídos socialmente o feminino e o masculino em diferentes sociedades e em diferentes épocas, fomentando as desigualdades. Portanto, é a cultura que proclama, por exemplo, o lar como lugar da mulher, da submissão ao homem. Especificamente, qualquer transgressão da mulher ao papel social feminino e a preponderância do poder masculino, acredita o homem poder agredi-la.[1]

A partir da categoria gênero, introduzida nos estudos sobre violência contra a mulher, surge uma nova terminologia, qual seja, "violência de gênero"[3]. Antes de analisar a violência de gênero, Grossi (1998) ressalta que a categoria *violência contra a mulher*, hoje de grande acepção no Brasil, passou a fazer parte do senso comum crítico a partir das mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres no final dos anos setenta. Em razão das inúmeras denúncias de *violência contra a mulher*, no âmbito familiar, o termo é usado como sinônimo de *violência doméstica.*

---

3 Segundo Izumino (2004), "[...] a partir dos anos 90 a categoria violência de gênero passa a ser utilizada para definir a violência como aquela que é praticada contra a mulher por ela ser mulher, ou seja, como resultado dominação do homem sobre mulher.

A partir dessa abordagem, cabe trazer a definição do termo "violência de gênero", frequentemente utilizado como sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica[4]. Apesar da sobreposição existente entre esses conceitos, há especificidades em cada um. A violência de gênero é mais geral. Abrange a violência doméstica e a familiar. Desta forma, para compreensão do tema, aborda-se o conceito de violência de gênero.

> [...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. (TELES; MELO, 2003, p. 18).

Strey (2004) sustenta que embora a violência de gênero possa incidir sobre homens e mulheres, pesquisas demonstram que a mulher é a maior vítima desse tipo de violência, com consequências físicas e psicológicas muito graves. Portanto, a autora entende que a violência seja, quase, sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica e familiar, embora com suas peculiaridades. E, ainda, define violência de gênero como o ato violento em função do gênero a que a pessoa pertence. Portanto, a violência é praticada porque a vítima é mulher ou homem.

Para tentar romper com essa cultura de praticas violentas contra a mulher, e retirar do espaço doméstico o problema, foi promulgada a Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu o apelido em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica em razão da violência doméstica perpetrada por seu ex-marido, ainda na década de 80. Seu ex-marido, um professor universitário, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirando contra ela, e na segunda tentando eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Maria da Penha ficou paraplégica.

As investigações começaram em 1983, mas a denúncia foi oferecida em 1984. Em 1991, o agressor foi condenado a oito anos de prisão. Recorreu em liberdade e, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Em 1996, o agressor foi condenado à pena de 10 anos e seis meses. Foi preso em 2002, após 19 anos e seis meses dos fatos. Cumpriu apenas dois anos de prisão e hoje está em liberdade.

Em razão da demora na punição do agressor pelas leis da época, a repercussão foi de tal ordem que, com a ajuda de organizações de defesa dos direitos humanos - Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL)[5] e o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM)[6] - foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA denúncia relativa à impunidade do crime cometido contra a vítima. Aceita a denúncia, em 2001 o Estado brasileiro foi condenado internacionalmente.

---

4 Izumino, no trabalho Juizados Especiais Criminais e a Violência de gênero, tece críticas quanto ao modo como a literatura sobre o tema tem utilizado o termo "violência de gênero". A autora aduz que o paradigma do patriarcado deve ser abandonado, pois ele é insuficiente para explicar as mudanças do papeis sociais e do comportamento de muitas mulheres diante da violência. Para Izumino quando se define violência de gênero como uma relação de dominação patriarcal, o poder das partes segue concebido como algo estático. (IZUMINO, 2005, p. 12-13).

5 O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) é uma organização não-governamental, criada em 1991 como um consórcio de organizações de direitos humanos da América Latina e do Caribe. O objetivo principal é alcançar a plena implementação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno dos estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

6 O Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) está constituído no Brasil desde 1995. É uma Organização regional que articula pessoas e organizações feministas da America Latina e Caribe. (CLADEM, 2014).

O Relatório da OEA reconheceu a omissão e a negligência do Brasil em relação à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual" e "completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia".[7]

Em 2002, as organizações não governamentais Feministas Advocacy, Agende, Themis, Claden/Ipê, CEPIA e Cfemea reuniram-se para elaborar um anteprojeto de lei para combater à violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal projeto foi apresentado, em março de 2004, à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República – SPM, que instituiu um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar um Projeto de Lei tratando sobre mecanismos de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres (Decreto 5.030, de 31 de março de 2004).

Após diversos debates com representantes envolvidos na temática, em novembro de 2004, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei sob o nº 4.559/2004, que tinha como ementa a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dava outras providências. A relatora do Projeto de Lei, Deputada Jandira Feghali, realizou audiências públicas em vários Estados.

O Projeto de Lei foi aprovado nas duas casas legislativas e culminou na Lei 11.340/2006, sancionada pelo Presidente da República e publicada em 7 de agosto de 2006, com entrada em vigor em 22 de setembro do mesmo ano, denominando-se "Lei Maria da Penha".[8]

A Lei Maria da Penha é fruto de uma mudança na forma de enfrentar o problema da violência doméstica, com importante contribuição das feministas. Ela reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica. Ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 9). A luta por direitos representa importantes avanços legislativos e políticas públicas. A elaboração e o processo legislativo contaram com a mobilização de organizações e movimentos feministas, que constituíram um campo de poder decisivo para a conquista de novos direitos.

De acordo com Azevedo (2008), "a elaboração da Lei nº 11.340/06 parte, em grande medida, de uma perspectiva crítica dos resultados obtidos pela criação dos Juizados Especiais

---

7 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia, com base nos artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A denúncia alegou a tolerância do Brasil para com a violência sofrida por Maria da Penha, por não ter tomado as providências para processar e punir o agressor. Concluiu que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. A Comissão recomendou ao Estado brasileiro que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomendou a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref19>. Acesso em: 25 out. 2013.

8 Há críticas acerca de uma lei que apresenta o nome de uma pessoa, pois ela pode ser interpretada de uma forma simbólica, mas, por outro lado, perde uma das suas principais característica, que é a impessoalidade. Sobre essa crítica ver Montenegro (2015, p. 106-113).

Criminais (JECrim) para o equacionamento da violência de gênero". A crítica sempre centrada contra a chamada banalização da violência com a aplicação de uma medida alternativa correspondente ao pagamento de uma cesta básica pelo acusado.

A promulgação da Lei possibilitou, como um primeiro impacto, a mensagem massiva de que o Estado repudia a violência de gênero. Obviamente que essa construção de abominação sobre a violência não foi realizada somente em função do dispositivo legal e sim pelo espaço conquistado pelas mulheres na sociedade a refletir em mudanças no ordenamento jurídico. Dessa forma, há um mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção e a proteção das mulheres em situação de violência.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha reconheceu a necessidade de erradicar ou minimizar a opressão e a violência física e psicológica sofrida pela mulher ao longo dos anos, através de diversos instrumentos passíveis de enfrentamento do problema. Portanto, a Lei está voltada para a promoção da equidade de gênero e para a redução das diferentes formas de vulnerabilidade social, apontando a necessidade de políticas públicas articuladas e capazes de incidir sobre o fenômeno da violência contra a mulher. (BARSTED, 2011, p. 17).

Para Azevedo (2008), a criação da Lei nº 11.340/06, ao invés de avançar e desenvolver mecanismos alternativos para a administração de conflitos, possivelmente mais eficazes para alcançar o objetivo de redução da violência, mais uma vez recorre ao mito da tutela penal.

Com a criação da Lei Maria da Penha, o problema da violência doméstica é tratado de forma integral, com medidas de natureza penal e extrapenal. De acordo com Campos e Carvalho (2011), "a lei se desvincula daquele campo nominado exclusivamente como *penal* e cria um sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da lei". À vista disso, rompe com a visão meramente punitivista e incorpora as perspectivas da prevenção, assistência e contenção da violência, além de criar medidas protetivas de urgência e juizados especializados. (CAMPOS, 2015, p. 520).[9]

Conforme determinado pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, a Lei Maria da Penha vem para assegurar os direitos das mulheres em situação de violência (art. 1º):

> Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Ao mudar a expressão *vítimas de violência* para *mulheres em situação de violência* o objetivo é oferecer uma alternativa para mulher. O termo "vítima" indica verdadeira complexidade da situação de violência doméstica, para além dos preceitos classificatórios e dicotômicos do direito penal ortodoxo (p. ex. Sujeito ativo e passivo, autor e vítima). (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

---

9 Nesse sentido, Pasinato (2015, p. 534) afirma que "a Lei Maria da Penha classifica-se como uma legislação de 'segunda geração' que atende às recomendações das Nações Unidas para adoção de medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres que extrapolam as ações de justiça criminal, punitivas e restritivas de direitos para os agressores, e promovem o acesso das mulheres ao direito de viver sem violência".

> A expressão mulheres em situação de violência foi consolidada e indica a recuperação da condição de sujeito. Ao mesmo tempo, a expressão permite perceber o caráter transitório desta condição, fato que projeta o objetivo da Lei, que é a superação da situação momentânea de violência em que vivem estas mulheres. (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 146).

Há um deslocamento discursivo que coloca a mulher em outro lugar, em um lugar de transição de uma situação vitimizante para a de superação. (CAMPOS; CARVALHO, 2011). Sendo assim, a mudança no termo tem como objetivo demonstrar a situação momentânea de violência e a possibilidade de a mulher recuperar a sua autonomia. A mulher não é mera vítima, ela tem autonomia e poder para romper o ciclo de violência e recuperar sua condição de sujeito. Para tanto, há a necessidade de combinar inúmeras e efetivas políticas públicas além do âmbito criminal/judiciário, estendendo-as para várias áreas, como por exemplo, de saúde pública e educação.

Verifica-se que, com a edição da Lei Maria da Penha, o Estado cumpre sua obrigação de proteção constitucional e internacional, bem como estabelece jurisdição e mecanismos específicos para prevenção, assistência, proteção e garantia dos direitos da mulher em situação de violência.

3 IDADE DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA: UM RECORTE JURISPRUDENCIAL

Apresentados os conceitos estruturantes da pesquisa e a análise da legislação específica, parte-se para a apresentação do debate e das principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista a idade da mulher em situação de violência, identificados a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito. Para tanto, considera-se importante iniciar com o detalhamento da metodologia e dos procedimentos adotados durante a análise dos acórdãos.

3.1 Pesquisa Empírica: dados gerais e metodologia

Em relação ao universo de análise, a pesquisa jurisprudencial foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com os termos “conflito de competência e Lei Maria da Penha”, “conflito e doméstica”, “incidência da Lei Maria da Penha” identificando decisões no período de 01/07/2012 a 30/06/2014, com vítimas mulheres.

Desta forma, os termos escolhidos abrangeram, dentre vários recursos, os conflitos de competência suscitados pelos operadores de Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Varas Criminais e Juizados Especiais Criminais, bem como decisões em recurso em sentido estrito.

O conflito de competência ocorre quando dois ou mais Juízos se julgam competentes ou incompetentes para atuar em determinado processo. O conflito poderá ser positivo ou negativo[10]. Será positivo quando mais de um Juiz se considerar competente para julgar a causa; será negativo quando um Juiz declina da própria competência e remete os autos para o Juízo que entende ser competente, e este, por sua vez, também se julga incompetente[11]. Conforme artigo 115 do CPP, este conflito pode

---

10 CPP, art. 113: As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.

11 CPP, art. 114: Haverá conflito de jurisdição: I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso

ser suscitado pelas partes interessadas (autor e ré), pelo órgão do Ministério Público, ou pelos próprios Juízes ou tribunais envolvidos (AVENA, p. 369, 2014).

Por sua vez, o recurso em sentido estrito é interposto, dentre uma das hipóteses, quando o magistrado entender que seu juízo é incompetente para julgar a causa, em razão dos critérios de incidência da lei[12]. Segundo Avena (p. 1210, 2014), "o reconhecimento da incompetência do juízo é decisão interlocutória simples, pois não importa em extinção do procedimento, e, sim, na sua remessa ao juízo competente" A parte não satisfeita pode ingressar com o recurso para o Tribunal de Justiça, que deve decidir a questão, definindo o campo de incidência e o local que a ação deve tramitar.

Decidiu-se por delimitar a pesquisa às decisões prolatadas em conflitos de competência e em recurso em sentido estrito pela intenção de verificar as situações de abrangência da Lei Maria da Penha, bem como as tendências jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do RS. Para análise dos conflitos, foram observados os discursos jurídicos referentes aos critérios considerados necessários para aplicação da Lei 11.340/2006.

O Tribunal de Justiça do RS foi o escolhido para a pesquisa jurisprudencial por ser o responsável pelo julgamento dos conflitos de competência suscitados pelos juízes e pelos recursos interpostos contra a decisão de incompetência do juízo.

Após a coleta dos dados, foi utilizado o método qualitativo de análise de conteúdo, tendo em vista que a intenção é identificar o sentido do documento e o conteúdo da comunicação, baseado na proposta de Laurence Bardin (2011).

Considerando que o presente artigo trata-se de recorte de uma pesquisa mais abrangente decidiu-se, no momento, delimitar o presente trabalho às decisões prolatadas em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito que abordaram a discussão etária para fins de aplicação da Lei Maria da Penha.

Destaca-se que foram encontradas doze decisões fundamentadas na idade da mulher em situação de violência para receber ou não proteção da Lei 11.340/2006.

UNILASALLE CANOAS-RS

3.2 Discursos Jurídicos

O objetivo da análise jurisprudencial foi, sobretudo, identificar as principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista a idade da mulher em situação de violência, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões**.**

Para tanto, foi utilizado o método qualitativo de análise de conteúdo de Laurence Bardin. Bardin (2011) sustenta que a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise das comunicações, adaptável a um campo de aplicação muito vasto, como entrevistas, manuais escolares, discursos políticos, manuais escolares, grafites públicos, novelas, dentre outros. Assim, a técnica procura investigar o conteúdo das comunicações (mensagens), não apenas das palavras em si, mas das ideias, do sentido.

Em tese, a análise de acórdão é facilitada pelo dever de fundamentação, inerente à decisão judicial, conforme artigo 93, IX, da Constituição Federal, assim como pela estrutura formal, relatório, discussão e dispositivo.

De acordo com as decisões analisadas, pode-se dizer que elas não possuem grande extensão, mas o conteúdo encontrado apresenta dados importantes em relação aos critérios utilizados pelo

---

12 CPP, art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
[...] II - que concluir pela incompetência do juízo;

ordenamento jurídico para se estabelecer a abrangência do conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, fazendo incidir as disposições da Lei Maria da Penha.

Pode-se afirmar, de plano, que há divergências no sentido de definir os parâmetros para configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher e, em consequência, definir o âmbito competente para o julgamento.

> Ainda que a Lei 11.340/2006 seja a aparentemente clara no que se refere à qual âmbito do judiciário é competente para administrar os conflitos familiares por ela abarcados, a prática dos operadores da justiça gaúcha apresenta diferentes interpretações sobre que âmbito do sistema de justiça deve ser responsável pela administração dos conflitos vividos em família e tipificados como referente aos citados na Lei Maria da Penha. A "clareza" da letra da lei parece ser ofuscada a partir do momento em que é reconhecida a possibilidade de interpretação elástica de uma norma jurídica e que, em conseqüência de tal elasticidade, um mesmo conflito pode ser interpretado de diferentes formas." (VASCONCELLOS, 2013, p. 147).

Nessa perspectiva, percebe-se o relevante papel dos Magistrados. Boaventura de Souza Santos afirma que para concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos operadores de direito:

> Na Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os Juízes sejam submetidos a curso de formação para poderem aplicar a nova lei. O pressuposto é que, se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os profissionais para complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. As novas gerações vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social bastante sólida. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença (SANTOS, 2011, p. 82).

UNILASALLE
CANOAS-RS

Eis o que dispõe a legislação:

> Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Com efeito, o artigo 5º estabelece as condições a serem observadas para que fique configurada a violência doméstica e familiar contra a mulher, incidindo a lei em referência, com a categoria gênero compondo o seu núcleo estruturante.

Por sua vez, a Exposição de Motivos da Lei Maria da Penha requer especial atenção ao conceito de relação de gênero.

> O artigo 5º da proposta de Projeto de Lei define violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou conduta baseada na relação de gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico. É importante ressaltar

> que a Convenção de Belém do Pará possui objeto mais amplo, considerando a violência ocorrida no âmbito público e privado. Para os fins desta proposta, e de forma a conferir-lhe maior especificidade, somente foi considerada a violência ocorrida no âmbito privado. Cabe especial atenção a um conceito basilar previsto na proposta: a relação de gênero. A violência intra-familiar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação. As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se "naturalizam" e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade.

Diante de tais requisitos, a Lei se aplica à violência de gênero no âmbito doméstico e familiar ou de qualquer relação íntima de afeto. Portanto, não se restringe as violências conjugais, porém, também não estende a qualquer tipo de violência contra as mulheres, e sim aos conflitos baseados no gênero.

Portanto, neste momento, passa-se para a análise de conteúdo dos acórdãos a partir da categoria *idade da mulher em situação de violência*. Com isso, procurou-se compreender como a idade da mulher em situação de violência influencia nas decisões do TJRS acerca da incidência da Lei Maria da Penha, identificando as principais controvérsias.

Em um caso de agressões contra uma criança, filha do agressor, o julgador afirma que em razão da idade o crime não teria correlação com o gênero, pois "a violência não teria ocorrido em razão do gênero da ofendida e, sim, pelo fato de ela ser uma criança, filha do acusado" (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 3ª Câmara Criminal, 70054591862, 2013m). Tal situação é a mesma quando se trata de agressão de mãe contra filha, pois a julgadora menciona "que a violência praticada contra a infante, efetivamente, deu-se em virtude de sua condição hipossuficiente de criança e não por sua condição de mulher" (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2ª Câmara Criminal, 70043261841, 2014e). Observa-se, sobretudo, uma análise baseada somente na idade.

Em alguns acórdãos, alinhado a esse argumento, encontra-se a justificativa de que "a mesma atitude seria tomada caso a vítima fosse do sexo masculino". (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2ª Câmara Criminal, 70043261841, 2014e). Há uma comparação da agressão sofrida por crianças. Portanto, para esses julgadores, independente do gênero, meninos e meninas devem receber tratamento igual.

Em um episódio de violência entre pai e filha, o juiz da vara especializada na LMP entendeu que não seria caso de aplicação da Lei Maria da Penha por não visualizar opressão de gênero. O relator manteve a decisão nos seguintes termos:

> Todavia, cabe ressaltar que, mesmo não desconhecendo o posicionamento em sentido diverso no que diz com a interpretação da palavra "gênero" constante no texto do dispositivo supramencionado, perfilho do entendimento de que se qualifica como violência de gênero aquela praticada por pessoa do sexo masculino contra mulher.
> Na hipótese, porém, a hipossuficiência da filha ocorre em razão da sua condição de criança – pela idade - e não em face da vulnerabilidade de gênero numa relação socioafetiva. De ressaltar que dentro do gênero feminino encontramos a criança, a adolescente, a mulher e a idosa. Para a proteção da criança e da adolescente vítima de violência existe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assim como para a idosa há a previsão do Estatuto do Idoso.
> Disso decorre que não se pode aplicar indistintamente a Lei Maria da Penha, uma vez que foi criada justamente com o objetivo de proteger a mulher quando na situação de inferioridade física e/ou dependência econômica e afetiva, tornando-a em relação à pessoa do sexo masculino vulnerável. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 5ª Câmara Criminal, 70051020832, 2012f).

Pode-se observar, pelo trecho acima, que o relator parte da premissa de que a violência cometida pelo pai contra a filha criança não decorre do gênero feminino. A generalização acaba por limitar o âmbito de aplicação da Lei, que visa a proteger a mulher em todas as idades.

Nos casos das narrativas em relação à idade, note-se que não é analisado se é caso de violência de gênero. Os discursos partem para generalização no sentido de que a violência praticada contra criança e adolescente, embora na esfera doméstica e familiar, decorre da vulnerabilidade em relação à idade e não em relação ao gênero feminino. Importante destacar que a violência de gênero, na maioria das vezes, é exercida por homens contra as mulheres, sejam elas crianças ou adultas (VICENSI; GROSSI, 2012).

Há, ainda, os casos de violência contra a mulher idosa. Nesses, o julgador sustenta que o fato de a idosa ser mulher não teve qualquer influência na prática do crime, não se verificando, portanto, hipótese de violência doméstica baseada no gênero. A fragilidade decorre da idade, não por ser mulher. Percebe-se a mesma argumentação utilizada no caso de crianças e adolescentes.

> O caso dos autos não se enquadra em qualquer das hipóteses elencadas acima, pois a fragilidade da vítima decorre de sua condição de idosa, não por ser mulher. Além disso, como bem analisado pelo Douto Procurador de Justiça "*tanto o Estatuto do Idoso como a Lei Maria da Penha possuem o mesmo cunho que é o resguardo ao direito fundamental da igualdade. Ambos pretendem dar maior proteção às pessoas elencadas em tais diplomas legislativos e de reduzir eventual relação de desequilíbrio*". (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 7ª Câmara Criminal, Nº 70051925097, 2012g).

Admite-se que qualquer mulher está tutelada pela Lei Maria da Penha, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Pode-se, inclusive, aplicar simultaneamente os Estatutos do idoso e da Criança e Adolescente, que complementam a abrangência de tutela (BASTOS, 2007).

UNILASALLE
CANOAS-RS

Cumpre destacar que as disposições preliminares esclarecem que qualquer mulher em situação de violência pode ser protegida pela Lei Maria da Penha, observe-se o artigo 2º.

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Ademais, o legislador, em nenhum momento, condicionou a aplicação da lei protetiva ao critério de idade, sendo vedado ao julgador fazê-lo. A descaracterização da violência doméstica através de exigências que não constam da lei, tornam o diploma menos eficaz em muitas situações.

Nesse sentido, localizaram-se decisões sustentando a aplicação da Lei Maria da Penha independente da idade. O caso retrata um episódio de violência de um padrasto contra uma adolescente de 16 anos. O juízo do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher entendendo não ser caso de aplicação das disposições da Lei Maria da Penha, por ser a vítima adolescente, determinou a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal. Opondo-se à decisão, o desembargador sustentou que:

> O fato de a vítima ser adolescente de forma alguma afasta a incidência das normas da Lei Maria da Penha, que visa à proteção da mulher, independentemente de sua idade. O próprio diploma legal prevê a aplicabilidade das disposições do ECA em

> conjunto com as suas, no que forem compatíveis. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2ª Câmara Criminal, 70036378370, 2012h)

Da mesma forma, em outro acórdão, o julgador, revendo posição do primeiro grau, sustenta que "tratando-se de envolvimento entre pai e filha, na residência daquele, mostra-se evidente a relação familiar, estando presente a vulnerabilidade ou hipossuficiência da vítima em relação ao seu agressor, já que o delito foi praticado no âmbito das relações domésticas e familiares (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2ª Câmara Criminal, 70049283385, 2013n).

Nesses discursos, mostra-se evidente que a questão etária não interfere na configuração da violência doméstica ou familiar baseada no gênero, pois a violência de gênero afeta a população feminina durante todas as fases do ciclo vital (DINIZ, PONDAAG, 2006).

Ressalte-se, como exposto, haver posições divergentes em relação à idade da mulher para receber a proteção da Lei 11.340/2006, tanto no que diz respeito à possibilidade da criança, da adolescente ou da idosa sofrer violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, quanto na discussão sobre quais fatores preponderam na consideração da vulnerabilidade/hipossuficiência, se a idade ou o gênero.

Portanto, localizaram-se duas correntes no TJRS: a) deferindo a incidência da Lei Maria da Penha independente da idade, pois a vulnerabilidade decorreria do gênero; b) indeferindo a incidência da Lei Maria da Penha, pois a violência doméstica decorreu da idade e não do gênero.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo analisou as principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista a idade da mulher em situação de violência, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões.

O gênero foi utilizado como categoria de análise, apontando para a construção social e cultural do que é masculino e feminino, através de diversas práticas que estão sempre em desenvolvimento. Portanto, trata-se de um conceito variável, que depende de cada sociedade e de cada momento histórico.

A partir dessa análise inicial, focou-se a Lei Maria da Penha, principalmente em relação ao critério da idade da mulher em situação de violência para aplicação da Lei 11,340/2006. Para tanto, analisaram-se as decisões das Câmaras Criminais do TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, que definiam a incidência ou não da Lei Maria da Penha. Ademais, buscou-se identificar, além dos critérios de incidência, os significados dessas decisões.

À vista das decisões analisadas, pode-se dizer que elas não possuem grande extensão, mas o conteúdo encontrado apresenta dados importantes em relação ao critério da idade, que foi utilizado pelos julgadores para fazer incidir ou não as disposições da Lei Maria da Penha. Em todos os casos, o debate estava centrado na possibilidade de enquadrar ou não a violência na Lei 11.340/2006.

Nas decisões em relação à idade da mulher em situação de violência, pode-se observar divergências tanto no que diz respeito à possibilidade da criança, da adolescente ou da idosa sofrer violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, quanto na discussão sobre quais fatores preponderam na consideração da vulnerabilidade/hipossuficiência, se a idade ou o gênero. Nos casos em que é negada a incidência da Lei Maria da Penha em razão da idade, observou-se que não havia uma análise acerca da violência de gênero. O discurso, de plano, já afastava a possibilidade de a violência ser baseada no gênero e ressaltava, apenas, a idade. Nos casos em que foi deferida a incidência da lei independente da idade, os julgadores sustentaram seu voto no vínculo existente entre as partes e na vulnerabilidade do gênero feminino. Entende-se que a generalização em relação à

criança, à adolescente e à idosa em razão da idade acaba por limitar o âmbito de aplicação da Lei, que visa a proteger todas as mulheres, independente da questão etária.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sistema Penal e Violência de Gênero Análise Sócio-Jurídica da Lei 11.340/06. Sociedade e Estado, v. 23, p. 113-135, 2008.

_____; CELMER, Elisa Girotti. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006. Boletim IBCCRIM, nº 170, jan. 2007. BASTOS, Marcelo Lessa. Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. 70, 2011.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

BRASIL. Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal. 16ª ed. Atual. Editora: Revistas dos Tribunais, 2014.

_____.Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>: Acesso em: 31 out. 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

GROSSI, Miriam.Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (Org.). Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinariedade. Florianópolis: Mulheres, 1998b. p. 293-313.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça para todos: juizados especiais criminais e a violência de gênero. Tese (Doutorado) – Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/pf-pagu/public-files/arquivo/130_izumino_wania_pasinato_termo.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à Justiça. Plural: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, v. 12, p. 79-104, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da Justiça. 3. ed. São Pailo: Cortez, 2011.

MEYER. Dagmar Estermann. Gênero e educação: teoria e política. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (Org.). Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação. 3. ed. Petropólis: Vozes, 2007.

MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

UNILASALLE CANOAS RS

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. Estudos feministas, Florianópolis, 23 (2): p. 533-545, maio-agosto/2015.

STREY, Marlene Neves; Violência de gênero: uma questão complexa e interminável. In: STREY, Marlene N.; AZAMBUJA, Mariana P. Ruwer; JAEGER, Fernanda Pires (Org.) Violência, gênero e políticas públicas. Porto Alegre, EDUPUCRS, 2004. p. 13-44.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Primeiros Passos).

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. A família, a violência e a justiça: conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Civitas: Revista de Ciências Sociais, v. 13, p. 136-153, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Homicídio de mulheres no Brasil. Mapa da Violência 2015. . Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

UNILASALLE
CANOAS-RS

CONTEXTO HISTÓRICO DO FEMINISMO E REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Marina Paula Neves Santos[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar a contribuição do feminismo na sociedade. A nomenclatura das ondas permite classificar em três etapas do feminismo: primeira onda, segunda onda e terceira onda. A contribuição dos movimentos feministas no Brasil. Por fim, destacamos a contribuição dos movimentos feministas na Constituição Federal de 1988, que equiparou homens e mulheres e nas reinvindicações para combate da violência doméstica contra a mulher, que culminou com a criação da Lei Maria da Penha (11.340/06) que tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, motivo das lutas das feministas desde o início de sua trajetória.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismo. Ondas do Feminismo. Gênero.

1 INTRODUÇÃO

O feminismo surge como uma tomada de consciência das mulheres, que as move em busca da liberdade de seu sexo e das transformações da sociedade.

Devido as nomenclatura das ondas, recorrente em reflexões feministas, permite classificar em três etapas que serão apresentadas.

Na primeira delas o feminismo da Ilustração (séc. XVIII) e o feminismo sufragista (séc. XIX) demandaram a cidadania das mulheres (social, civil e política), pleiteando a igualdade de direitos: direito à educação, ao trabalho, à propriedade, ao divórcio, ao voto, entre outros.

Na segunda onda, foi marcada por grandes movimentos sociais emancipatórios, o feminismo aparece pela primeira vez como um movimento social de âmbito internacional.

A terceira onda, considerada em curso desde os anos 1990, reflete o debate sobre o sujeito político do feminismo. Aparece a ideia da "desconstrução" o feminismo pós-moderno e o pós-estruturalista perceberam sexo e gênero como construções arbitrárias de práticas discursivas pela noção de sujeitos múltiplos.

E a contribuição dos movimentos feministas no Brasil no contexto de combater a violência contra a mulher, na Constituição Federal de 1988 e com a criação da Lei Maria da Penha (11.340/06). Para tanto, utilizaremos da pesquisa bibliográfica com caráter interdisciplinar, abrangendo obras jurídicas, bem como de Sociologia e Antropologia.

2 FEMINISMO DEFINIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

O feminismo surge com uma tomada de consciência das mulheres, em busca da liberdade de seu sexo e da sociedade. O tema é bastante polêmico e leva em conta questões culturais e visões do mundo, embora sem ser oficialmente nominado vem de longa data o seu estudo para uma análise social. Garcia aponta o início da utilização do termo feminismo:

> O termo feminismo foi primeiro empregado nos Estados Unidos por volta de 1911, quando escritores homens e mulheres, começaram a usá-lo no lugar das expressões utilizadas no século XIX tais como movimento das mulheres e problemas das

1 Mestranda em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle; marinanevess@hotmail.com.

> mulheres, para descrever um novo movimento na longa história das lutas pelos direitos e liberdades das mulheres. (GARCIA, 2011, p. 12)

O feminismo visava ir além do sufrágio e de campanhas pela moral e pureza social buscando uma determinação intelectual, política e sexual. O objetivo das feministas americanas era um equilíbrio entre as necessidades de amor e de realização, individual e política.

Garcia define feminismo, como:

> A tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias este fim. (GARCIA, 2011, p. 13)

A tomada dessa consciência transforma a vida de cada uma das mulheres que dela se aproximam, pois o entendimento da discriminação supõe uma postura diferente diante dos fatos sociais.

Ainda conclui Garcia "o feminismo é uma consciência critica que ressalta as tensões e contradições que encerram todos esses discursos que intencionalmente confundem o masculino com o universal" (GARCIA, 2011, p. 14).

Joan Scott assevera que "o feminismo se constitui por meio de seus métodos, sua teoria e sua e sua história como fruto de sucessivos ecos que convergem em reverberações feministas" (SCOTT, 2012, p. 355).

Bastos informa que "o feminismo foi duramente criticado por políticos, pelas autoridades e pela imprensa da época, os quais ridicularizavam as pretensões femininas e as mulheres engajadas na luta com deboches e ironias, chamando-as jocosamente de feias, masculizadas, grosseiras ou amorais". (BASTOS, 2013, p. 63)

Percebemos a grande rejeição da sociedade com o movimento, que se deu devido à construção cultural da sociedade, onde as mulheres precisaram de persistência em seus ideais, na luta pelos seus direitos essenciais.

Cumpre destacar que teoria feminista definiu quatro conceitos-chave: androcentrismo, patriarcado, sexismo e gênero, intimamente relacionados que servem como instrumento de analise para examinar as sociedades, detectar os mecanismos de exclusão e modificar a realidade.

Ao homem é atribuída a representação da humanidade. Segundo Garcia "isto é o androcentrismo: considerar o homem como medida de todas as coisas". (GARCIA, 2011, p. 15) O androcentrismo acabou distorcendo a realidade, deformando a ciência e tem graves conseqüências na vida cotidiana. Uma vez que enfocar um estudo, uma análise ou pesquisa unicamente da perspectiva masculina, e utilizar os resultados como válidos para toda população, faz com que o conhecimento não seja confiável, ou no mínimo, tenha enormes lacunas e confusões.

O patriarcado pode ser definido como forma de organização política, econômica, religiosa baseada na ideia de liderança do homem, no qual se dá o predomínio dos homens sobre as mulheres. O objetivo fundamental do feminismo é acabar com o patriarcado como forma de organização política.

Conforme preleciona Bastos:

> O papel social da mulher foi construído ao longo dos anos, supedâneo em premissas deturpadas e discriminatórias, as quais se estranharam em nossa cultura como verdadeiros códigos de conduta, fazendo com que a mulher se resignasse a obedecer: primeiro, à autoridade do pai; depois, à do marido. (BASTOS, 2013, p. 38)

A definição do conceito sexismo segundo preleciona Garcia "sexismo se define como o conjunto de todos e cada um dos métodos empregados no seio do patriarcado para manter em situação

de inferioridade, subordinação e exploração do sexo dominado: o feminino." (GARCIA, 2011, p. 18-19) Em suma, é uma ideologia que defende a subordinação das mulheres e todos os métodos utilizados para que essa desigualdade se perpetue.

Já a conceito de gênero é a categoria central da teoria feminista. Parte da ideia de que o feminino e o masculino não são fatos naturais ou biológicos, mas sim construção cultural. Conforme preceitua Beuavoir "ninguém nasce mulher, torna-se mulher" (BEAUVOIR, 1967, p. 9). Desta forma, gênero não é sinônimo de sexo.

Conclui Bastos que "gênero é, portanto uma construção sociocultural do feminino e do masculino, com a imposição de papeis diferenciados que repercutem na esfera pública e privada de ambos os sexos, mas que independem de limitações naturais ou biológicas". (BASTOS, 2013, p. 56)

Garcia apresenta diferença entre sexo e gênero: quando falamos de sexo estamos nos referindo à biologia – as diferenças físicas entre os corpos – e ao falar de gênero, as normas e condutas determinadas para homens e mulheres em função do sexo. (GARCIA, 2011, p. 20)

A investigação feminina recente parte da noção de que a sexualidade humana é uma construção social em que se entrecruzam estruturas econômicas, sociais e políticas do mundo material. (GARCIA, 2011, p. 23-24)

Já Butler assevera que não faz sentido definir gênero como interpretação cultural do sexo:

> O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (numa concepção jurídica); tem de significar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual "a natureza sexuada" ou "um sexo natural" é produzido e estabelecido como "pré-discurso", anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura. (BUTLER, 2003, p. 25)

UNILASALLE CANOAS-RS

A partir do entendimento desses conceitos, apresentaremos o histórico do feminismo em três momentos: primeira onda, segunda onda e terceira onda. E a contribuição dos movimentos feministas no Brasil.

3 A PRIMEIRA ONDA DO FEMINISMO

Visualizamos que apesar da misoginia[2] presente no pensamento filosófico da maior parte dos intelectuais da época, toda mudança política que supõe a Revolução Francesa, teve como consequência o nascimento do feminismo e ao mesmo tempo sua absoluta rejeição e violenta repressão.

Na França revolucionária as mulheres ficam de fora do projeto igualitário. As mulheres francesas observaram com espanto como o novo Estado revolucionário não encontrava contradição em defender a igualdade universal e deixava sem direitos civis e políticos todas as mulheres.

Na Revolução Francesa, encontramos não apenas o forte protagonismo das mulheres nos eventos revolucionários, mas também o aparecimento das demandas de igualdade sexual.

Segundo Garcia a participação das mulheres se produziu em dois âmbitos distintos:

> O popular e de massa de mulheres que lutaram na frente de batalha e o intelectual representado geralmente pelas burguesas, que se manifestam especialmente nas sessões da Assembleia constituinte, na produção de escritos sobre a revolução, na criação de jornais e grupos femininos empenhados nas lutas pelos direitos civis e políticos das mulheres (GARCIA, 2011, p. 40-41)

2*Misoginia* é a repulsa, desprezo ou ódio contra as mulheres.

As mulheres redigiram seus cadernos de queixas, que se autodenominavam “o terceiro Estado do terceiro Estado”, nesses cadernos expressaram seu direito à educação, ao trabalho, direitos matrimoniais e direito ao voto. Ainda reivindicavam que a prostituição fosse abolida bem como os maus-tratos e aos abusos dentro do casamento. Os cadernos de queixas não foram levados em conta na Assembleia Nacional que proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Garcia informa que:

> Seguramente um dos momentos mais lúcidos na tomada de consciência feminista do século XVIII está na Declaração dos Direitos das Mulheres e das Cidadãs escrito em 1971 por Olympe de Gouges e em Reinvindicação dos Direitos das Mulheres, Mary Wollstonecraft, de 1973. (GARCIA, 2011, p. 42)

Olympe denunciava que a revolução havia negado direitos políticos as mulheres, que os revolucionários mentiam quando falavam de princípios universais como liberdade e igualdade, mas não toleravam mulheres livres e iguais.

Mary via a educação como um caminho para as mulheres conquistarem um melhor “status” econômico, político e social.

Garcia informa que Mary era radicalmente moderna:

> Uma vez que planta as raízes de dois conceitos fundamentais que o feminismo ainda maneja no século XXI: a ideia de gênero – aquilo que é considerado como natural nas mulheres é, na realidade, fruto da repressão e da aprendizagem social. E a ideia da discriminação positiva ou ação afirmativa. (GARCIA, 2011, p. 47)

UNILASALLE
CANOAS-RS

Os textos do feminismo avançaram colocando ênfase na ideia de que as relações de poder masculino sobre as mulheres não podiam mais ser atribuídos aos poderes divinos, nem da natureza, mas que era resultado de uma construção social.

A revolução francesa apresentou uma amarga e inesperada derrota do feminismo. O clube de mulheres foi fechado e proibiu-se explicitamente a presença de feministas em qualquer atividade política.

Com o Código Napoleônico, a menoridade penal das mulheres ficava consagrada. As mulheres eram consideradas como filhas ou mães em poder de seus pais, maridos ou filhos. Não tinham direito de administrar suas propriedades, fixar ou abandonar seu domicílio, manter uma profissão ou emprego sem permissão do homem da casa.

As mulheres entraram no século XIX sem avanços, mas com experiência política própria que não permitirá que as coisas voltem a ser como antes, pois a luta já havia começado. Nesse sentido, conseguir o voto e a entrada nas altas instituições de ensino se converteram em um dos objetivos do sufragismo que marca o começo da segunda onda do feminismo.

4 SEGUNDA ONDA DO FEMINISMO

No século XIX foi marcado por grandes movimentos sociais emancipatórios, o feminismo aparece pela primeira vez como um movimento social de âmbito internacional. O ingresso das mulheres na cena política produziu-se sobre a base filosófica e jurídica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dos revolucionários franceses.

Ao longo do século XIX as feministas se emprenharam, além de seus objetivos específicos, em temáticas concernentes a direitos humanos e civis.

Em uma pequena cidade perto de Nova York, em uma capela metodista. Elizabeth Stanton convocou cem pessoas para uma convenção, com o objetivo de discutir os direitos e condição social, civil e religiosa da mulher, esta convenção terminou por escrever um documento cujo modelo é a Declaração de Independência dos Estados Unidos.

A Declaração questionava as restrições políticas: não poder votar, nem ser candidata, não poder ocupar cargos políticos ou assistir a reuniões políticas. Também se colocavam contra as restrições econômicas: a proibição de ter propriedades, a proibição de se dedicarem ao comércio, ou terem seu negócio próprio ou abrirem contas em banco.

Em 1866 o Partido Republicano, ao apresentar a décima quarta ementa constitucional que concedia aos escravos o direito ao voto, negava explicitamente o voto às mulheres.

Garcia informa que:

> Os esforços dirigidos a convencer e persuadir os políticos da legitimidade dos diretos políticos das mulheres provocava piadas e indiferença. Como consequência o movimento sufragista dirigiu suas estratégia e ações mais radicais. Muitas das militantes foram presas, protagonizaram greves de fome e muitas foram mortas defendendo seus ideais. (GARCIA, 2011, p. 56)

Elizabeth Stanton se convenceu que a luta pelos direitos femininos dependia apenas das mulheres, em 1868 fundou a Associação Nacional pelo Sufrágio da Mulher. Em 1869 sofreram uma excisão e fundaram a Associação Americana Pró-Sufrágio das Mulheres. Nesse mesmo ano Wyoming se convertia o primeiro estado a reconhecer o direito ao voto feminino.

Entre as conquistas que o movimento liderado por Elizabeth conseguiu está à ementa pelo direito do compartilhamento de bens em Nova York, essa emenda reconheceu os direitos as esposas em compartilhar os bens adquiridos pelo casal.

Ainda que o movimento tenha ficado conhecido pela ênfase que dava ao direito ao voto, as sufragistas lutavam pela igualdade em todos os terrenos apelando à autêntica universalização dos valores democráticos e liberais.

É fundamental ressaltar que no século XIX se dá um grande paradoxo. Por um lado as mulheres ficaram divididas. Como se costuma assinalar, o capitalismo alterou as relações entre os sexos.

Diante deste quadro, a mulher rompe o espaço privado, quando se ingressa no mercado de trabalho, atingindo o espaço público, previamente destinado ao homem. Mas ainda assim, sofre preconceito e desaprovação da sociedade, que entende que não conseguirá conciliar a lida doméstica e familiar, com a profissional. Além de do fato de receber menores salários.

Conforme exemplificado por Garcia "o novo sistema econômico incorporou massivamente as mulheres ao trabalho industrial com mão de obra mais barata e submissa do que os homens". (GARCIA, 2011, p. 65)

Nos dizeres de Santos:

> No caso do sexismo, o princípio da exclusão assenta na distinção entre espaço público e o espaço privado e o princípio da integração desigual, o papel da mulher na reprodução do seio da família e pela integração em formas desvalorizadas de força do trabalho. (SANTOS, 2010, p. 281)

Ocorre que o advento da mulher no mercado de trabalho, espaço público, de que era excluída, passa a ser tratada de maneira desigual de modo a receber menores salários e benefícios em relação ao homem.

5 TERCEIRA ONDA DO FEMINISMO

A terceira onda além de garantir espaço no meio científico, incorporou uma pauta de reivindicações bem mais ampla que a fase anterior. Abria o leque de discussão para um feminismo plural, com a abordagem dos estudos pós-coloniais, da questão das mulheres negras/indígenas, do transnacionalismo e da teoria *queer*, entre outras.

Partindo-se da noção de gênero de Joan Scott, no lugar da idéia de sexo-gênero o gênero constituiria a definição mais adequada, vez que seu caráter universalizante permite contemplar manifestações que não se enquadram ou que fiquem restritas a lógica na qual se atribui a presença de pênis ao sexo/gênero masculino, ou vincula a vagina /útero ao sexo gênero feminino.

Para Scott, gênero refere-se ao significado da oposição homem/mulher e fundamenta ao mesmo tempo o seu sentido:

> Para proteger o poder político, a referência tem que parecer certa e fixa, fora de toda construção humana, parte da ordem natural e divina. Desta maneira, a oposição binária e o processo social das relações de gênero tornam-se parte do próprio significado de poder; por em questão ou alterar qualquer de seus aspectos ameaça o sistema inteiro. (SCOTT, 1995, p. 92)

Embora situe as noções de "homem" e "mulher" como termos relacionais, Scott afirma que essas duas personificações de gênero não são únicas. Com isso esclarece que é preciso "rejeitar o caráter fixo e permanente da oposição binária", de forma a viabilizar a historicização da desconstrução dos termos da diferença sexual (SCOTT, 1995, p. 84).

Dessa maneira Scott questiona a noção histórica que adota o sistema de representação e a oposição binária como forma categórica para pensar o masculino e o feminino.

A filosofa norte-americana Judith Butler provocou uma quebra radical nos estudos de gênero e no pensamento feminista. Por questionar a analise feminista orientada pela existência de dois gêneros, ou seja, a idéia de que somente uma identidade composta por caracteres masculinos ou femininos detêm legitimidade de "sexos verdadeiros". Invalidando a rigidez de fronteiras dualistas ou dicotomia de sexo/gênero, homem/mulher, masculino/feminino, heterossexualidade/homossexualidade Butler questiona os limites que cada categoria impõe na construção dos sujeitos e expõe as bases da chamada teoria *queer*.

Consoante o termo "*queer*", vale lembrar que esta palavra em sua tradução literal significa estranho, fora do padrão, compreendido ainda como bizarro, ridículo, esquisito, excêntrico, raro.

Louro esclarece para Butler (1999), o simbolismo de tal insulto:

> [...] traz a força de uma inovação sempre repetida, um insulto que ecoa e reitera os gritos de muitos grupos homófobos, ao longo do tempo, e que, por isso, adquire força, conferindo um lugar discriminado e abjeto a aqueles a quem é dirigido. Este termo, como toda sua estranheza e de deboche, é assumido por uma vertente dos movimentos homossexuais precisamente para caracterizar sua perspectiva de oposição e de contestação. Para esse grupo, *queer* significa colocar-se contra a normalização – venha ela de onde vier. Seu alvo mais imediato de oposição é, certamente, a heteronormatividade compulsória da sociedade; mas não escaparia de sua crítica a normalização e a estabilidade propostas pela política de identidade do movimento homossexual dominante (LOURO, 2001, p. 546)

Assevera Louro, "ao eleger a desconstrução como procedimento metodológico, esta se indicando um modo de questionar ou de analisar e está se apostando que esse modo de análise pode ser útil para desestabilizar binários linguísticos e conceituais" (LOURO, 2001, p. 548).

Butler esclarece o real sentido de "desconstruir":

> Tomar a construção do sujeito com uma problemática política não é a mesma coisa que acabar com sujeito; desconstruir o sujeito não é negar ou jogar fora o conceito; ao contrário, a desconstrução implica somente que suspendemos todos os compromissos com aquilo a que o termo "o sujeito" se refere, e que examinamos as funções linguísticas a que ele serve na consolidação e ocultamento da autoridade. Desconstruir não é negar ou descartar, mas pôr em questão e, o que talvez seja mais importante, abrir um termo, como sujeito, a uma reutilização e uma redistribuição que anteriormente não estavam autorizadas. (BUTLER, 1998, p. 24)

Os processos produzem os corpos e os sujeitos constrangem e delimitam os papeis atribuídos a cada gênero desde sua gênese, e cada vez mais precocemente, a exemplo do advento dos exames de ecografias, capazes de transformar um indivíduo neutro em "ele" ou "ela" a partir da linguagem.

Butler concebe uma visão original que "desestabiliza a noção de identidade como pré-existente (pré-discursiva), imutável, defendendo que ela se constitui através da imitação e repetição (FREITAS, 2011, p. 24)

Este giro conceitual entre o feminismo na problematização da natureza transversal das diferenças foi determinante ao aprofundamento dos estudos de gênero.

Os avanços da medicina contribuíram para este cenário, podemos citar as clinicas de reprodução assistida e os núcleos especializados em mudança de sexo. As intervenções cirúrgicas e hormonais a que o corpo humano esta sujeito, revelam que o fator biológico também é uma construção.

Nessa virada epistemológica, o conceito de gênero avança e passa a ser suplantado pelas tecnologias de gênero.

Esse trajeto, inegavelmente conectado ao histórico de conquistas amealhadas pelos feminismos e tendo como contraponto os discursos biologizantes sobre o corpo das mulheres, abriu caminho para os estudos de gênero. Permitiu estudar o gênero e as identidades a partir de uma perspectiva holística, enxergando o ser humano em sua essência.

UNILASALLE CANOAS-RS

6 O FEMINISMO NO BRASIL

No Brasil, a grande mudança no Direito foi a partir de 1988, com a Constituição Federal, que equiparou homens e mulheres. Não há dúvidas que para ocorrer essa modificação legislativa, foi necessária uma verdadeira luta dos grupos feministas.

Segundo Piovesan (2014, p. 367-368), destaca-se a importância do movimento de mulheres pré-1988, que culminou na criação da "Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes" que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional, o resultado foi a incorporação das reivindicações das mulheres no texto constitucional, conforme demonstrado a seguir: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (Art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, §5º); b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX); d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º); f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

Cumpre destacar o movimento de mulheres no Brasil, que lançou a campanha "Constituinte para valer tem que ter direitos da Mulher". Era o chamado lobby do batom que, com 26 deputadas federais constituintes, obtiveram importantes e significativos avanços na Constituição Federal de 1988.

A previsão do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que os integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações", o legislador assegurou o dever do Estado de promover a assistência de cada membro da família.

Nesse sentido conclui Knippel:

> A proteção emanada do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal se estende a todas as espécies de entidade familiar que foram apontadas acima, cabendo em todas elas ao Estado assegurar a assistência a cada um de seus membros assim como coibir a prática da violência no âmbito de suas relações. (KNIPPEL, 2010, p. 14)

No início da década de 1980, surgiram pelo Brasil inúmeras organizações de apoio à mulher vítima de violência, tendo sido o SOS Mulher a primeira, fundada no Rio de Janeiro, em 1981. Nessa mesma década surgiram as delegacias da mulher.

Segundo Montenegro:

> As mulheres que formavam o SOS Mulher eram "cultas e politizadas" faziam parte dos partidos de esquerda que lutavam contra a ditadura militar no Brasil, essas mulheres, geralmente, não eram vítimas. Já as mulheres que eram atendidas no SOS e pelas delegacias eram da classe operária, na maioria das vezes mães de muitos filhos, trabalhavam nas suas casas, ou quando trabalhavam fora, ganhavam salários irrisórios. As mulheres agredidas que procuravam o SOS Mulher não queriam se tornar militantes feministas, queriam apenas não serem mais agredidas. (MONTENEGRO, 2015, p. 101)

O movimento feminista termina falando por mulheres que são vítimas de relações violentas.

Prosseguindo a mobilização no campo da política criminal, o feminismo se insere em um processo de via dupla, ambíguo, por um lado as feministas buscam a descriminalização de várias condutas, por exemplo: o aborto, alguns crimes relacionados à prostituição, a posse sexual mediante fraude, a sedução, o rapto, o adultério.

Paradoxalmente, existem também, por parte das feministas, pressões para que sejam criminalizadas novas condutas como foi o caso do assédio sexual e da violência doméstica.

O tipo penal de violência doméstica, no bojo da Lei Maria da Penha (11.340/06), decorre de reivindicações feministas para combate da violência doméstica contra a mulher.

Antes da Lei Maria da Penha os juizados especiais criminais, criados pela lei 9.099/95, eram responsáveis pela apreciação, de litígios que envolviam violência doméstica.

Segundo Montenegro:

> A crítica feita pelos grupos feministas à lei 9.099/95 é contundente, e essa lei, teria trivializado a violência doméstica do homem contra a mulher, legitimando as ameaças, as injúrias e as surras. Essa minimização do Direito Penal através das medidas despenalizadoras aplicadas às infrações de menor potencial ofensivo seria positiva apenas na perspectiva do autor do fato e negativa na perspectiva da vítima de violência doméstica. (MONTENEGRO, 2015, p. 103-104)

Diante de tantas críticas ao tratamento dado a violência doméstica, feita principalmente pelos movimentos feministas. O legislador introduziu no art. 129 do Código Penal um tipo penal especifico.

A Lei 11.340 alterou o art. 129 do Código Penal com o acréscimo de pena introduzida no parágrafo 9º. O art. 129 do CP descreve o crime de lesão corporal como "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", estabelecendo a pena de detenção de três meses a um ano. Se a violência ocorre no ambiente doméstico (parágrafo 9º), a punição é mais grave. A Lei Maria da Penha

determinou que, se a violação ocorre no ambiente doméstico, a pena passa a ser de três meses a três anos.

A violência doméstica é uma forma qualificada da lesão corporal de natureza leve e uma causa de aumento de pena para lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.

Com a promulgação da Lei Maria da Penha, através da luta dos movimentos feministas, as mulheres foram encorajadas a denunciar e se libertarem da violência doméstica.

Segundo Piovesan:

> A Lei "Maria da Penha" simboliza o fruto de uma exitosa articulação do movimento de mulheres brasileiras: ao identificar um caso emblemático de violência contra a mulher; ao decidir submetê-lo à arena internacional, por meio de uma litigância e do ativismo transnacional; ao sustentar e desenvolver o caso, por meio de estratégias legais, políticas e de comunicação; ao extrair as potencialidades do caso, pleiteando reformas legais e transformações de políticas públicas; ao monitorar, acompanhar e participar ativamente do processo de elaboração da lei relativamente à violência contra a mulher; ao defender e lutar pela efetiva implementação da nova lei. (PIOVESAN, 2014, p. 383)

Diante dos avanços dos movimentos feministas, ainda persiste na cultura brasileira discriminação em relação à mulher. Conforme conclui, Piovesan:

> Não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, reforçados, por vezes, mediante legislação infraconstitucional esparsa, que refletem as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação às mulheres exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais. (PIOVESAN, 2104, p. 371)

UNILASALLE CANOAS-RS

O que visualizamos na atualidade é que homens e mulheres são iguais em direitos, mas desiguais na vida e na efetividade desses direitos, devido à construção da sociedade. A promulgação da Lei Maria da Penha representa grande avanço dos movimentos feministas em busca do fim da violência doméstica e da igualdade de gênero.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com presente estudo percebemos o discurso biologizantes sustentados por muito tempo o modelo de sexo único, o masculino, sendo o outro sexo o feminino. Tais percepções evidenciam as mulheres na vida privada (ambiente doméstico) e asseguraram a hegemonia masculina na vida pública. E com isso contribuição a dominação masculina e a negação as mulheres a condição de sujeito de direitos.

A lógica sobre a "condição da mulher" em oposição ao homem, contestada pelos feminismos, revelou-se a própria, afeita a reproduzir o binarismo ou a dualidade que as feministas pretendiam combater.

Se a primeira onda foi universalista marcada por lutas que almejavam igualdade com relação ao outro, o masculino. A segunda onda teve marca de vários feminismos, alterando-se a compreensão da natureza/essência feminina.

Na atualidade os estudos feministas e de gênero elegem outras categorias e expressões no universo da sexualidade como objeto analítico. Permitindo estudar o gênero e as identidades a partir de uma perspectiva holística, enxergando o ser humano em sua essência sem rótulos.

Por fim, a contribuição dos movimentos feministas nas reinvindicações para combate da violência doméstica contra a mulher, que culminou com a criação da Lei Maria da Penha (11.340/06)

que tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, motivo de muitas lutas das feministas desde o início de sua trajetória.

A Lei Maria da Penha contribui para efetivar a igualdade entre gêneros nas relações familiares. Nesse sentido, a referida lei busca garantir que as mulheres violentadas rompam com o silêncio e busquem a proteção do Estado, sendo resultado de uma conquista importante para a dignidade e para a reparação das injustiças cometidas.

Visualizamos os avanços alcançados pelos movimentos feministas, na Constituição Federal de 1988 e com a promulgação da Lei Maria da Penha, ao passo que representam apenas as primeiras mudanças culturais para efetivarmos a igualdade entre os gêneros.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Tatiana Barreira. Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre a teoria e a prática. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BEAUVOIR, S. O segundo sexo: a experiência vivida. Vol. II. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BUTLER, J. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo. Cadernos Pagu, n. 11, 1998.

_____. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FREITAS, J. D. A. Continuidade e ruptura nos estudos de Gênero – historiografia de um conceito. OPSIS, Catalão, v. 11, n. 1, 2011.

GARCIA, Carla Cristina. Breve história do feminismo. São Paulo: Claridade, 2011.

KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as normas de direitos humanos no plano internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.

LOURO, G. L. Teoria queer: uma política pós-identidária para educação. Estudos Feministas, v. 9, n. 2, 2001.

MONTENEGRO, M. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, B. D. S. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. v. 4. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCOTT, J. W. Reverberaciones feministas. CS, Cali, Colômbia, n. 10, 2012.

_____. Gênero: uma categoria útil de analise histórica. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995.

UNILASALLE CANOAS-RS

AS IMPLICAÇÕES DA IMPOSSIBILIDADE DE GESTAR NO DESEJO DE MATERNIDADE

Bruna Kern Graziuso[1]
Paula Pinhal de Carlos[2]

RESUMO: As novas tecnologias reprodutivas incluem a chamada gestação de substituição, que permite a transferência de óvulo fertilizado de uma mulher para o útero de outra, separando a maternidade genética e/ou social da gestacional. As implicações da incapacidade de gestar reacende o debate sobre a origem do amor materno, por muito tempo visto como um instinto natural inerente a todas as mulheres, que se sentiam culpadas caso não conseguissem realizar o papel de mãe em sua plena devoção. A nova figura de maternidade substituta é lugar de contestação das interpretações vigentes sobre família, maternidade e gravidez.

PALAVRAS-CHAVE: Maternidade. Gestação de Substituição. Reprodução Assistida. Família. Amor Materno.

ABSTRACT: The new reproductive technologies allow to transfer the fertilized egg of one woman to the womb of another, separating genetic and/or social motherhood from gestational. The psychological dilemmas that emerge in women unable to bear a child in their own wombs brings back the debate about the beginning of maternal love, for a long time seen as a natural instinct that every woman has, feeling guilty when they couldn't fulfill their role as a mother with full devotion. The new role of surrogate motherhood is a place of debate about the interpretation of family, motherhood and pregnancy.

KEYWORDS: Motherhood. Surrogate Motherhood. Assisted Reproduction. Family. Maternal Love.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

As dificuldades reprodutivas representam grande obstáculo na realização do projeto parental de diversos casais, limitação cada vez mais passível de ser enfrentada com o avanço da medicina e das técnicas de reprodução assistida. Além da fertilização *in vitro*[3] e da possibilidade de doação de gametas, a gestação de substituição surgiu para abrir o leque de possibilidades para mulheres férteis, do ponto de vista de viabilidade de seus óvulos, com problemas médicos que impeçam ou contra-indiquem a gestação em seu próprio útero, bem como em casos de união entre pessoas do mesmo sexo, abrindo a possibilidade de separar a maternidade genética, gestacional e social.

As novas práticas de constituir a maternidade podem ser analisadas em termos científicos e culturais, trazendo para debate uma discussão antiga: o amor materno é um sentimento inerente à condição de mulher, que aflora no momento do parto, ou é algo que se adquire com o convívio e exercício da maternidade? De pronto, a utilização de um útero solidário para concretização do

---

1 Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 84.135, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), pós-graduanda em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS) e mestranda em Direito e Sociedade pela Unilasalle Canoas.

2 Professora permanente do Mestrado em Direito e professora colaboradora do Programa de Pós-graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE. Professora da graduação em Direito do UNIRITTER. Líder do grupo de pesquisa CNPq "Efetividade dos direitos e Poder Judiciário" e vice-líder do grupo de pesquisa CNPq "Mariposas: gênero, sexualidades e feminismos".

3 A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução medicamente assistidaque consiste na colocação, em ambiente laboratorial (*in vitro*), de um número significativo de espermatozóides (50 a 100 mil) ao redor de cada ovócito, procurando obter pré-embriões de boa qualidade que serão transferidos, posteriormente, para a cavidade uterina. Fonte: http://www.cremers.org.br/

planejamento parental gera discussão sobre novas formas de construção da maternidade, a partir destas tecnologias reprodutivas.

Para tanto, necessário analisar as mudanças das atitudes maternas ao longo da história, a forma que a mulher contemporânea encara seus dilemas reprodutivos e, não menos importante, a relação da mãe substituta, que carrega em seu ventre um bebê idealizado e esperado por outro mulher, incapaz de gerá-lo em seu próprio ventre.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O Conselho Federal de Medicina considera a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, sendo legítimo o anseio de superá-la[4]. Com o avanço do conhecimento científico, surgiu a necessidade de harmonizar o uso das diversas técnicas reprodutivas com os princípios da ética médica, matéria esta da Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina brasileiro, visto que o direito pátrio não possui previsão legal propriamente dita quanto às técnicas reprodutivas e o método de gestação de substituição.

O Código Civil de 2002 foi extremamente tímido ao abordar o tema, assim podendo afirmar que o referido não trata da reprodução assistida, já que não autoriza nem regulamenta. O que faz é tratar do aspecto da paternidade, e mesmo assim, não o faz de forma plena, regulamentando apenas algumas situações[5].

As técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, não podendo ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do feto que venha a nascer, sendo também proibida a fecundação dos oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

No que diz respeito à gestação de substituição, a tecnologia e a ciência médica tem criado as condições para tornar possível que casais com dificuldades reprodutivas alcancem o objetivo de terem filhos, utilizando técnicas de reprodução assistida como a fertilização *in vitro* e, após gerado o embrião, implantá-lo em útero de terceira (SANTOS, 2010). O aparato legal vigente no Brasil é insuficiente para impedir o surgimento de conflitos, como demonstra o trecho:

> De pronto o nascituro terá duas mães: a institucional, que cede o material genético, e a biológica ou receptora que o gesta. Pode também ter dois pais, um – se este for o marido de sua mãe e também doador do sêmen, e dois se tratar-se de um doador anônimo. Pode, por fim, ter três pais e três mães: pai e mãe biológicos (se quem o gestou tiver marido) e pai e mãe institucionais (os que o encomendaram a uma clínica). Além dessa multiplicidade de pais, ao considerarmos a extensão do direito à gravidez de substituição aos casais homoafetivos e pessoas solteiras de ambos os sexos não estaríamos, em contrário, privando a criança do direito de ter pai e mãe? Tais situações estabelecem um emaranhado de situações suscetíveis judicialmente e de desfecho incógnito. Caberia a discussão de um novo estatuto da paternidade e maternidade?" (SANTOS, 2010, p. 365)

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 2.121/2015 é claro ao garantir o registro civil da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez. Para isso, contudo, demais requisitos devem ser preenchidos, como as doadoras temporárias

---

4 CREMERS, Resolução 2.121/2015. Disponível em: http://www.cremers.org.br/dowload/2121-2015.pdf

5 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou dependendo de autorização do CRM, ambos os casos sem caráter lucrativo ou comercial[6]. Por fim, igualmente necessária a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mãe genética, ou em caso de união entre pessoas do mesmo sexo.

Existe a tendência nas legislações mundiais de constituir o laço legal da filiação materna pelo parto. A importância simbólica da gestação como afirmação da maternidade parece estar ligada à regra tradicional de o parto fazer a mãe (LUNA, 2001). Práticas como a gestação substituta, ao identificar a mãe como fornecedora de óvulos, aproximam a representação de maternidade da de paternidade, isto é, contribuição de gametas sem gestação (STRATHERN, 1992). Assim, necessitando a paternidade de um reconhecimento de relação social, nesse novo contexto de reprodução assistida, a maternidade também dependeria do reconhecimento da relação entre a mãe social, idealizadora da gestação, e a mãe substituta que gestou em favor da primeira.

Apesar de alguns países aceitarem a prática sem restrição, outros com limitações e outros ainda proibirem a prática, há um consenso entre todos: a filiação advinda desta técnica de reprodução humana assistida é definida essencialmente pela vontade procriacional dos solicitantes, ou seja, o consentimento dos comitentes é suficiente para torná-los pai e mãe da criança gestada por outrem (MASSARO, 2014). Ainda, Schwenzer (2006) construiu o conceito de maternidade cindida (*split motherhood*), em que a maternidade não é mais una, mas existindo três pretensões diferentes: uma ancorada na gestação (mãe biológica); a doadora do material genético (mãe genética) e a autora do projeto da maternidade (mãe intencional ou sócio-afetiva).

3 MATERNIDADE E O AMOR MATERNO

A primeira grande mudança no conceito de maternidade surgiu no final dos anos 1970, com o surgimento de meios contraceptivos, abrindo para as mulheres a liberdade de escolha de ter ou não filhos, bem como de planejar o melhor momento para tê-los. (BADINTER, 2011). A função reprodutora deixa assim de ser comandada pelo simples acaso biológico, passando a ser controlada pela vontade (BEAUVOIR, 1949).

UNILASALLE CANOAS-RS

---

6 VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO): As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Porém, a possibilidade de ter um efetivo planejamento parental trouxe consigo o dilema de conciliação dos deveres maternos com o desejo de desenvolvimento pessoal e profissional da mulher. A questão se tornou mais complexa com a possibilidade de dissociação do desenvolvimento materno e, talvez, com a necessidade de uma redefinição da maternidade nos dias de hoje. A mãe é aquela que dá o óvulo, aquela que gesta a criança ou aquela que educa? (BADINTER, 2011).

Para tanto, necessário analisar o conceito de maternidade e as noções de amor materno na história. Em meados do século XVIII, a elevada taxa de mortalidade infantil era justificativa da indiferença materna que marcava a época, frieza esta que servia de escudo sentimental contra os grandes riscos de morte do bebê no primeiro ano de vida. O aleitamento materno era visto como pouco conveniente e maléfico para a mãe, sendo ainda mais rejeitado pelas mulheres da corte, que não estavam dispostas a sacrificarem suas vidas sociais (BADINTER, 1985).

A figura da devoção materna aos filhos surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, com destaque para as mulheres pertencentes a burguesia francesa, com forte influência de Jean-Jacques Rousseau, em sua obra "Emílio, ou da Educação", que encorajava o aleitamento materno, cuidados com alimentação e um maior vínculo entre mãe e bebê. Assim nasceu a figura da mãe que se sacrifica em nome da prole, sem apego aos sucessos pessoais. Essa figura materna molda a mãe moderna, e aquelas que não conseguiam cumprir com a extensa devoção de seu novo papel sentiam-se culpadas, sentimento enraizado que se tornou conhecido como "culpa materna" (BADINTER, 1985).

Como consequência do novo papel da mãe, o amor materno passa a ser visto como um instinto natural da mulher, que surgia automaticamente no momento do parto, representando que o forte vínculo da figura materna estava conectado a ideia de dar à luz. Badinter (1985), por sua vez, defende que o amor materno é apenas um sentimento humano, sendo assim incerto, frágil e imperfeito, que talvez não esteja profundamente inscrito na natureza feminina.

Apesar do termo "instinto materno" ter caído em desuso, o conceito de "amor materno" tornou-se seu sinônimo, como um sentimento menos mecânico que o instinto. Contudo, a contradição só aumentou, como explica BADINTER:]

UNILASALLE CANOAS-RS

> [...] se abandonamos o instinto em proveito do amor, conservamos neste as características do outro. Em nosso espírito, ou antes em nosso coração, continuamos a pensar o amor materno em termos de necessidade. E apesar das intenções liberais, vemos sempre como aberração, ou um escândalo, a mãe que não ama seu filho. Estamos prontos a tudo explicar e justificar de preferência a admitir o fato em sua brutalidade. No fundo de nós mesmos, repugna-nos pensar que o amor materno não é indefectível. Talvez porque nos recusemos a questionar o amor absoluto de nossa própria mãe..." (BADINTER, 1985, p. 23)

Beauvoir já citava a forte ligação entre amor materno e a gestação, ao narrar relatos de gestantes encantadas com o tesouro de vida que crescia dentro delas, tendo a sensação de um poder criador:

> Quando a gravidez prossegue, a relação ente mãe e o feto muda. Este acha-se solidamente instalado no ventre materno, os dois organismos se adaptaram um ao outro e há entre ambos trocas biológicas que permitem à mulher reencontrar seu equilíbrio. Ela não se sente mais possuída pela espécie: ela é que possui o fruto de suas entranhas. [...] a razão de sua existência está em seu ventre e dá-lhes uma impressão perfeita de plenitude. É como um pequeno aquecedor no inverno, sempre aceso e que só existe para você, inteiramente submetido à sua vontade. É também ducha fresca, escorrendo sem cessar durante o verão. Está ali. (BEAUVOIR, 1946, p. 668)

Em um terceiro momento, BADINTER cita as mudanças na maternidade trazidas pela psicanálise, que transformava a mãe na grande responsável pela felicidade do filho. A ampliação da

responsabilidade materna, tendo a mãe também responsabilidade pela transmissão de valores morais e formação intelectual do filho, juntamente com a ideologia de vocação altruísta, devotamento e sacrifício por parte da mãe, define que a aptidão da mãe é aceitar o sofrimento, compensado pelas alegrias da maternidade, que freiam suas tendências masoquistas espontâneas.

Pela teoria freudiana, biologicamente amaldiçoada pela insuficiência de seu órgão (falta de pênis), a natureza compensou esta escassez dando a mulher a possibilidade de encontrar prazer na dor. Assim sendo, a mulher normal gosta de sofrer, estando a figura do sacrifício de si mesma em nome do filho uma das características da boa mãe (BADINTER, 1985). O novo discurso feminista da década de 60 foi fundamental para destruir o mito freudiano de mulher normal como masoquista, com ênfase na obra de Kate Milllett (2000), que critica a negligência da hipótese social no discurso de Freud. Para o feminismo, as respostas devem ser buscadas junto à sociedade, que é patriarcal, e o que esta reserva para as mulheres, incluindo o papel de mãe.

Os defensores do amor materno possuem uma base biológica: a prolactina, o hormônio do aleitamento, momento de proximidade entre mãe e bebê:

> Em alguns minutos (de amamentação), os níveis maternos de cortisol se elevam; a ocitocina corre ao longo de suas veias. Como se ela recebesse uma mensagem, a pressão arterial baixa, a ocitocina difunde nela uma calma venturosa. [...] a partir do momento em que suas glândulas mamárias começam a produzir, custará para que ela se afaste emocional e fisiologicamente o bastante para cortar o vínculo (HRDY, 2002, p. 605)

Esse hino à natureza deixa em suspenso várias questões. Se o aleitamento é o fator desencadeador do apego materno, o que acontece com as mães que não podem gerar suas crianças no próprio útero? Não existem dois modos de viver a maternidade, mas uma infinidade, o que impede de falar de um instinto baseado no determinismo biológico. Este depende estritamente da história pessoal e cultural de cada mulher. O meio, as pressões sociais, o itinerário psicológico parecem sempre pesar mais do que a frágil voz da mãe natureza (BADINTER, 2011).

UNIASSELVI
SANTA ROSA-RS

4 AS IMPLICAÇÕES DA IMPOSSIBILIDADE DE GESTAR NO DESEJO DA MATERNIDADE

O desejo de ter um filho pode vir a ser produto de diversas operações, confundindo-se, por exemplo, com o desejo de maternidade, desejo de simplesmente estar grávida, ou ainda o desejo apenas de colocar no mundo uma criança (STRYCKMAN, 2000). Ao retirarmos o desejo de ter um filho e a infertilidade do campo exclusivamente biológico, enxergamos a maternidade não como um instinto, mas como uma escolha (LANIUS & SOUZA, 2008). De acordo com a psicanalista SIGAL:

> Assim como não se nasce mulher para o inconsciente, não se nasce mãe. Seja através do coito, da fertilização assistida ou da adoção, a mulher alcança sua condição de mãe a partir das inscrições simbólicas que pode realizar (SIGAL, 2003, p. 11).

LANIUS & SOUZA, na obra "*Reprodução Assistida: Os Impasses do Desejo*", narram a história de quatro mulheres inférteis e seus relatos de vazio pela ausência de um filho em suas vidas. Dos casos relatados, destaca-se o de Marina que, ao ser questionada pela família do motivo pelo qual não opta pela adoção, confessa que trataria o filho de forma diferente do que um biológico, além do fato que se sente inferiorizada como mulher diante da impossibilidade da gestação natural. No caso, o desejo da maternidade e de gerar está mais em evidência que o desejo de ter um filho propriamente dito.

É por meio da impossibilidade de ter um filho biológico ou de simplesmente gerá-lo que podemos questionar o desejo da maternidade, questionamento este que talvez permanecesse oculto caso o desejo pudesse ser naturalmente realizado. Na medida em que as mulheres passaram a dominar os processos de procriação, foi possível dissociar feminilidade da maternidade obrigatória, dificultando as possibilidades de classificação das mulheres como um todo, já não sendo mais toda mulher obrigatoriamente um dia também mãe (ROUDINESCO, 2003).

A impossibilidade dessas mulheres frente à adoção, solução substitutiva, sugere que a única possibilidade de inscrição simbólica na maternidade se dará pela via real do corpo e da gestação, só assim tornando-se efetivamente mãe (LANIUS & SOUZA, 2008). Historicamente, a noção de paternidade se dá com o reconhecimento do filho, enquanto a noção de maternidade surge no momento em que a mulher dá à luz. Assim, o comportamento paterno não seria uma consequência do vínculo biológico, sendo o comportamento materno coextensivo à geração e ao parto (FONSECA, 2010).

A mesma conexão entre maternidade e gestação está presente nos estudos de TARNOVSKI, sobre coparentalidade em famílias homoparentais francesas, como demonstrado no relato do seguinte caso:

> André, 31 anos, professor, tem um filho em comum com um casal de mulheres. Desde o princípio, sua visão da coparentalidade pautou-se pelo ideal de uma partilha igualitária do tempo passado com a criança. Mas, já logo após o nascimento, surgiram desentendimentos relacionados com a importância atribuída a mãe biológica e gestacional. A companheira da mãe, que também tinha pretensões de ocupar uma posição materna, encontrava-se da mesma forma que o pai, em situação de desvantagem (TARNOVSKI, 2012).

O dilema do desejo da maternidade parece ser mais acentuado para mulheres que não podem experimentar a gestação, por problemas de saúde ou lesões irreversíveis no aparelho reprodutor, do que para mulheres com infertilidade propriamente dita, que recorrem à doação de óvulos para então gerarem seus filhos. Nas histórias de mulheres que fizeram uso de óvulo doado para tornarem-se mães, o significado da maternidade é parte de uma identidade constitutiva, não conectada a genética e a biologia, como demonstra ALLEBRANDT, em seu estudo com famílias homoparentais de Quebec:

> O fato de um terceiro estar associado a projeto parental permite Joana afirmar o seu papel como uma mãe dizendo "eu não me sinto menos mãe porque meus filhos foram concebidos com os genes de outra mulher". [...] o seu papel e identidade como mãe, assegura Joana, não está em perigo, nem pelo peso da genética ou por qualquer desejo de seus filhos por conhecer a doadora. (ALLEBRANDT, 2015)

A sensação de inferioridade relatada por mulheres impossibilitadas de gestar demonstram a forte simbologia que a gestação tem no desejo da maternidade. O conceito de amor materno como instinto natural que surge automaticamente no momento do parto segue presente no inconsciente feminino coletivo. A prática da gestação substituta desperta polêmica pela ruptura da presumível indissolubilidade do vínculo mãe-filho. O ato de uma mulher que concebe um filho, mesmo com óvulo doado, já com o intuito de entregá-lo para outrem contraria as representações de gênero feminino vigentes. Essa quebra de vínculo nega todas as representações de instinto materno e de uma maternidade natural. Tal prática só tem sido tolerada se vestida com representações de altruísmo: a mãe substituta deverá fazer isso por empatia com o sofrimento alheio (LUNA, 2001).

RAGONÉ (1994), em seu estudo sobre maternidade substituta comercial nos EUA entre 1988 a 1990, apresenta a perspectiva das mães substitutas, que percebem a prática como verdadeira vocação invés de somente uma prestação de serviços. Em geral, trata-se de mães de classe baixa, donas-de-casa, com concepções tradicionais sobre o papel da mulher e sobre família e empatia com o sofrimento de casais inférteis.

Já ROBERTS (1998), em seu trabalho de campo em uma agência de substituição na Califórnia, concluiu que os casais e as substitutas tendem a negar o caráter tecnológico do processo e naturalizá-lo. Apesar disso, a substituição gestacional dificilmente é encarada como natural para o casal idealizador do projeto parental, pois considerada um último recurso que os força a assumirem uma perspectiva diferente sobre gestação.

As mães substitutas também enfatizam seu amor por crianças, família e seu desejo de ajudar como motivos para assumir essa atividade. Assim, a maternidade substituta é recoberta pela tradição, enfatizando os valores da família, parentalidade e reprodução para contornar os aspectos mais controversos do processo.

A tecnologia serve para criar conexões, quando são emparelhados os ciclos da mãe fornecedora de óvulos e da mãe gestacional para efetivar a fertilização, na aproximação dos casais com o feto no momento do parto e das ultra-sonografias. A substituta assume uma posição ambígua, pois, por um lado, separa-se de suas capacidades reprodutivas, ao alienar seu útero, cortando sua relação com o feto, por outro, reifica-se como mulher na representação feminina de vaso. A maternidade substituta pode ser um lugar de contestação das interpretações vigentes sobre família, maternidade e gravidez. Enquanto mães-máquinas, as substitutas representariam híbridos (ROBERTS, 1998).

Pateman defende que a gestação de substituição pouco tem relação com maternidade. A lógica da utilização de um útero solidário estende às mulheres a concepção masculina de indivíduo como proprietário, e a concepção de liberdade como capacidade de fazer o que se queira consigo mesmo. Até então, a feminilidade era vista como inseparável da maternidade e até subsumida nela. Durante pelo menos três séculos, as feministas se esforçaram muito para tentar mostrar que as mulheres, como os homens, têm uma multiplicidade de aptidões que poderiam ser exercidas além da capacidade exclusiva de criar a vida biológica. Agora a maternidade foi separada da feminilidade, tendo a mulher a quem pertence o útero solidário capacidade criadora, emocional e fisiológica exclusiva de seu corpo, ou seja, dela própria como mulher (PATEMAN, 1993).

Ao contrário de sociobiólogos como Fox (1986), que supõem a naturalidade e irredutibilidade do vínculo mãe-filho na gravidez, as mães de substituição assumem esse papel desde o início, imbuídas do sentido de que o bebê que esperam pertence ao casal, separando-se da gravidez e do feto, independentemente de contribuição genética. A prática da maternidade de substituição rompe a cadeia de eventos que liga casamento, ato sexual, gravidez, parto e maternidade. A gravidez iniciada com o intuito de se desfazer do bebê contradiz visões deterministas sobre a reprodução feminina (RAGONÉ, 1994).

Dentro do embate entre natureza e uma maternidade construída socialmente, o parentesco é percebido como construção social sobre uma base biológica. As novas tecnologias reprodutivas alterariam a própria base dessa construção. A maternidade está entre as relações percebidas como simples decorrências da natureza pela via reprodutiva que são reconfiguradas sobre outras bases. Fica explícita a dificuldade de se delimitar natureza e cultura em procedimentos como a doação temporária de útero, artefato híbrido, sem localização precisa na natureza ou na cultura (LUNA, 2001).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de reprodução assistida demonstram a preocupação da medicina com a infertilidade humana, não apenas como um problema de saúde, mas também com grandes implicações psicológicas. Apesar do avanço científico, grande parte da legislação mundial ainda possui a tendência de constituir o laço legal da filiação materna pelo parto, demonstrando a importância simbólica da gestação para estabelecer a maternidade.

Em contraste com a frieza materna característica da primeira metade do século XVIII, na segunda metade surge a figura da devoção materna, que encorajava o aleitamento e o sacrifício da mãe em nome da criação do filho, sendo esta responsável por sua felicidade e desenvolvimento intelectual, ideia reforçada pela teoria freudiana.

Apesar do discurso feminista da década de 60 destruir o mito freudiano, através da busca por respostas na sociedade patriarcal, o amor materno ainda é visto como sentimento inerente à condição feminina e incondicional, talvez porque, ao questioná-lo, estaríamos questionando o amor absoluto de nossas próprias mães.

Os relatos de sensação de inferioridade por mulheres incapazes de gestar, não sendo comum em mulheres inférteis que necessitam de doação de óvulos, demonstram a ainda forte relação entre amor materno e gestação. Para superar os impasses do procedimento de útero solidário, a prática é revestida com representações de altruísmo, sendo a mãe substituta mulher que oferece o útero respeitando sua autonomia e autodeterminação em nome do planejamento parental de casais com dificuldade reprodutiva e o sonho de ter um filho.

Apesar do dilema sobre a origem do amor materno nas mulheres incapazes de gestar, não há dúvidas que a filiação advinda de um útero solidário é definida pela vontade procriacional do pai e da mãe social, que criarão este filho. A participação solidária de parente ou pessoa que se disponha a ceder seu corpo para gravidez não muda o fato dessa vida ser absolutamente querida e desejada pelo casal que ansiou um planejamento parental, lutando com suas frustrações pela impossibilidade de uma gestação natural.

Os dilemas maternos presentes no inconsciente feminino ligados à gestação nada mais são que uma consequência histórica do conceito de amor incondicional, imposto por uma sociedade patriarcal fundada na ideia de devoção e sacrifício da mulher. O amor materno não é uma tendência feminina inata, nem uma necessidade ou obrigação à condição de mulher, mas um sentimento que se adquire, constatando que o interesse pela criança existe ou não, existindo igualmente diferentes maneiras de expressar o amor materno. O fato do filho ter sido gestado em outro ventre nada muda quanto a maternidade, sendo o amor construído por aquela mãe social, sendo genética ou não, ao longo da criação e desenvolvimento da criança.

REFERÊNCIAS

ALLEBRANDT, Débora. Perspectives Théoriques Dans L`étude de la Famille, de L'enfance et de la Parenté: Un Regard à Partir de la Comparaison entre Adoption et P.M.A. Vibrant, Virtual Braz. Anthr, vol. 8, n. 2, 2011.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução Medicamente Assistida: Questões Bioéticas. Rev. Bioética. 2014.

BADINTER, Elisabeth. O Conflito: A Mulher e A Mãe. Trad. Véra Lucia dos Reis. Record, Rio de Janeiro, 2011.

BADINTER, Elisabeth. Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno. Trad. Waltensir Dutra. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1949.

FONSECA, Claudia. O Direito às Origens: Segredo e Desigualdade no Controle de Informações sobre a Identidade Pessoal. Revista de Antropologia USP, v. 53, n. 2, 2010.

GÁLVEZ, Martha Ramirez. Razões Técnicas e Efeitos Simbólicos da Incorporação do Progresso Tecnocientífico: Reprodução Assistida e Adoção de Crianças. Revista Sociedade e Estado – volume 26, n. 3. Setembro/Dezembro 2011.

LUNA, Naara. Maternidade Desnaturada: Uma Análise da Barriga de Aluguel e da Doação de Óvulos. IV Reunião de Antropologia do Mercosul. Curitiba, 2001.

LANIUS, Manuela; SOUZA, Edson Luís André de. Reprodução Assistida: Os Impasses do Desejo. Rev. Latinoam, Psicopat. Fund., São Paulo, v. 13, p. 53-70, 2010.

LEITE, Eduardo Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. *Baby Business:* A Indústria Internacional da "Barriga de Aluguel" Sob a Mira da Convenção da Haia. 2014. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf Acesso em: 30.10.2015.

MILLET, Kate. Sexual Politics. Urbana: University of Illinois Press, 2000.

PATEMAN, Carole. O Contrato Sexual. Trad. Marta Avancini. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1993.

RAGONÉ, Helena. Surrogate Motherhood: Conception in the Heart. Boulder, San Francisco & Oxford, Westview Press, 1994.

RAGONÉ, Helena. Incontestable Motivations. In: FRANKLIN, Sarah & RAGONÉ, H. *Reproducing Reproduction: Kinship, Power and Tchnological Innovation*. Philadelphia, University of Pennylvania Press, 1998.

ROBERTS, Elizabeth S. F. Native Narratives of Connectedness, Surrogate Motherhood and Tchenology. In: DAVIES-FLOYD, Robbie & DUMIT, Joseph. *Cyborg Babies: from Techno-Sex to Techno-Tots*. New York, Routledge, 1998.

ROUDINESCO, Elizabeth. A Família em Desordem. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SANTOS, Otávio Marambaia dos. Gravidez de Substituição. Rev. Bras. Saúde Mater. Infant. Vol. 10. Supl. 2. Recife. Dezembro 2010.

SCHWENZER, Ingerborg. Model Family Code: from a Global Perspective, Antwerpen: Intersentia. 2006.

SIGAL, Ana Maria. A Psicanálise e o Feminino e sua Relação com as Novas Técnicas de Fertilização Assistida. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro, 2003.

STRATHERN, Marilyn. Reproducing the Future: Essays on Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies.Manchester, Manchester University Press, 1992.

STRYCKMAN, Nicole. O Desejo de Filho no Homem e na Mulher. Revista Psicanálise e Clínica de Bebês. Ano IV n. 4., dezembro, 2000.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. Parentalidade e Gênero em Famílias Homoparentais Francesas. Cadernos pagu, janeiro-junho de 2013: 67-93.

UNILASALLE CANOAS-RS

CIDADANIA DA SEXUALIDADE: UM CAMINHO A SER TRAÇADO NA BUSCA PELA DIGNIDADE

Ariane Perdomo[1]
Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori[2].
Dra. Paula Pinhal de Carlos[3].

RESUMO: Perpassando a lógica de proteção aos direitos fundamentais o presente artigo objetiva construir uma ambiência para que se possa falar em um contexto de cidadania da sexualidade. Tendo como paradigma de proteção, especialmente, indivíduos que não estejam representados pela supremacia heterossexual e monogâmica para que, assim, possam, a partir da proteção às suas identidades, se verem protegidos e com seus direitos reconhecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Sexualidade. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Estabelecendo como ponto de partida referencial os direitos fundamentais, construímos ao longo do texto, em um primeiro momento uma estrutura balizadora da questão. A busca por dialogar acerca de teorias de direitos fundamentais objetivando desconstruir a ideia de universalidade de direitos, ou seja, considerando, justamente, a heterogeneidade da sociedade, as diferentes identidades a serem protegidas.

Após, foi necessário realizar uma abordagem da cidadania, explicar em que sentido se dá, e como está sendo compreendida para fins desse artigo, bem como, perpassando questões de identidade e reconhecimento, enfrenta-se, nesse ponto, a importância do processo de reconhecimento do eu, já buscando inseri-lo no contexto da sexualidade.

Por fim, mas antes de abordar a questão de fundo do artigo, algumas linhas foram dedicadas à sexualidade, para, assim, dialogar sobre padrões e a influência que tem a sociedade no estabelecimento de definições de sexualidade. Com isso, e, diante da problematização posta, entramos na cidadania da sexualidade, sobretudo estruturada a partir da proteção aos direitos fundamentais, da importância na percepção do outro como sujeito, rompendo, assim, determinados padrões impostos que representam a voz da maioria, possibilitando um diálogo fluido em atenção às minorias.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PONTO DE PARTIDA

Considerando a temática da cidadania da sexualidade, bem como considerando que para que possamos falar em cidadania é necessário que se tenha em mente, também, os direitos fundamentais, isso porque, não se pode dizer os direitos de cidadania de um indivíduo quando um ou mais de seus direitos fundamentais não estão sendo assegurados.

Logo, a partir do sentir de Luigi Ferrajoli, direitos fundamentais dizem respeito não às normas positivadas que irão dizer o que são direitos fundamentais, mas, sim, às liberdades fundamentais. Então, nesse sentido, diz respeito à capacidade de que as pessoas se satisfaçam em busca da igualdade. Assim, a garantia dos direitos fundamentais se mostra como proteção à identidade de cada um como indivíduo (ZOLO, 2001, p. 76-77).

---

1 Aluna do mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle, bolsista CNPq, perdomo.ariane@gmail.com
2 Professora do mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle.
3 Professora do mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle.

> São ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Assim, direitos fundamentais são, dentre outros, os direitos de liberdade pessoal e de liberdade de pensamento, resguardados a todos os indivíduos. No entanto, até mesmo a definição da expressão *todos* deve ser analisada. Nesse sentido, por *todos* compreendem-se aqueles cuja titularidade de direitos é reconhecida. Então, esse todo, que é julgado pelo *status*, quanto mais for um conceito inclusivo de categorias, mais igualdade irá proporcionar, e, portanto, mais democrático será considerado o ordenamento ao qual esteja inserido (FERRAJOLI, 2011, p. 11-12).

Em análise aos direitos fundamentais no Brasil, por exemplo, e a quem eles foram resguardados, percebe-se que muita discriminação se gerou mesmo com a definição do *status* a quem se protege, isso porque, não basta dizer que o indivíduo enquanto pessoa, cidadão e capaz está protegido quando se sabe que sua proteção pode ser reduzia ao passo que se reduz o significado de cada um desses *status*. Assim, por vezes, se viu diminuída a proteção de indivíduos por conta de seu gênero, sua etnia, sua nacionalidade, e, hoje, ainda que seja perceptível a extensão inclusiva de semântica, ainda caminhamos a passos curtos em direção a uma real universalidade de direitos a todos (FERRAJOLI, 2011, p. 12).

Os direitos fundamentais são fundamentais em nível supraestatal, ou seja, os Estados se veem não só responsáveis a nível nacional, mas, também a nível internacional, de acordo com as cartas e convenções internacionais de direitos humanos, posteriores à criação da ONU. Nesse sentido, é ultrapassado falar que são direitos de cidadania, na medida em que se entendia cidadania por requisitos de nacionalidade. Assim, passam a ser considerados como direitos das pessoas, de diferentes cidadanias (FERRAJOLI, 2011, p. 30).

No entanto, considerando que optei pelo termo cidadania para intitular esse artigo, explico: para falarmos em cidadania, precisamos ressignificá-la, passando a percebê-la não mais como contida na noção de *status*, mas, sim, como um pressuposto de cada direito fundamental. Pode-se dizer que, ao invés da busca pela igualdade, passa-se, então, a buscar pela cidadania (FERRAJOLI, 2011, p. 31).

No que diz respeito aos direitos humanos, podemos percebe-los a partir de duas perspectivas, sendo uma delas abstrata – baseada na racionalidade formal, ou seja, compreende como objetos de proteção determinadas práticas universais –, e, a outra localista – valendo-se de uma racionalidade cultural, ou seja, para determinar seus objetos de proteção baseia-se em práticas particularizadas. Assim, enquanto a primeira tem como bandeira garantir iguais direitos a todos os indivíduos, a segunda busca atribuir direitos de acordo com as especificidades de cada indivíduo, fatores determinados sem buscar uma universalidade. Ao contrário de ter essas duas visões separadas seria medida ideal aliar uma a outra, sendo assim, os direitos humanos agiriam a partir de uma perspectiva de racionalidade formal universal – no que cabe a universalidade –, bem como uma outra perspectiva de racionalidade cultural que se atente às diferenças. Esse equilíbrio se faz necessário na medida em que, diante da diversidade cultural existente no mundo, basear os direitos humanos a partir de uma noção de universalidade é reduzir as minorias e, por consequência, gerar ainda mais exclusão do que a própria cultura já faz (FLORES, 2004, p. 365-366).

No entanto, buscando amparo na Constituição Federal, importante frisar o conteúdo do artigo 5º, parágrafo 2º, que garante que os direitos e garantias expressos não excluem outros que venham a decorrer dos princípios assegurados por ela, ou seja, nesse momento visualiza-se uma abertura à

inclusão dos direitos de sexualidade como direitos humanos e, assim, abrimos uma janela para além do social, afim de ambientar a cidadania da sexualidade.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CIDADANIA E RECONHECIMENTO

Como direitos de cidadania, segundo Demant (2008, p. 343) compreende-se de forma restritiva os "direitos civis e políticos, completos e iguais, mas no sentido original, individual". Para alinhar esse conceito é necessária a compreensão de que se fala em uma sociedade homogênea, em que todos os indivíduos têm iguais necessidades, desconsiderando questões de classe social, etnia e religiões, por exemplo.

Diante da heterogeneidade da sociedade foi necessário alterar o conceito de cidadão, para então poder se falar em democracia, haja vista que tantas culturas diferentes precisariam conviver mutuamente, então, nesse processo, criaram-se proteções genéricas, ou seja, para não excluir ninguém, não falo de um padrão social. No entanto, frente à discriminação praticada por uma maioria, se visualizou a emergência de dar visibilidade a todos, sem generalizar, pois a sociedade não generaliza, mas exclui (DEMANT, 2008, p. 344).

Em momento anterior a ideia de cidadania estava vinculada, tão somente, à noção de nacionalidade, por exemplo, à noção de cidadão brasileiro. As pautas levantadas pelos movimentos sociais trouxeram o debate sobre cidadania a partir de outras perspectivas, assim, entendendo as minorias como sujeitos em busca de inclusão na sociedade democrática, por vezes, exclusiva (RIOS, 2007, p. 14-15).

> Assim como a igualdade nos direitos gera o sentido da igualdade baseada no respeito ao outro como igual, a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente porque inferior juridicamente (FERRAJOLI, 2011, p. 35).

UNILASALLE CANOAS-RS

É preciso delinear o conceito do que é liberdade, para que, assim, possamos diferenciá-la da independência. Nesse sentido, na medida do que nos diz Corrêa (1995, p. 13-14), liberdade é tudo aquilo que posso fazer dentro do permitido por lei, designa um poder de autodeterminação, posso ou não, livremente, tomar determinada atitude.

Já, em outro sentido, para Lopes (2007, p. 43) liberdade é aquilo que posso fazer sem dar satisfações a outra pessoa, conhecida como o domínio de si. Logo, nenhum indivíduo é totalmente livre, haja vista viver em sociedade e demandar algumas restrições de convívio.

As políticas do direito como processos que podem ser vistos tanto na produção normativa pelo Estado, como nas lutas políticas das minorias, terminam sendo por vezes contraditórias, pois, nesse sentido, aquilo que as minorias enquanto autores de um direito não estatal entendem por direito é bastante diferente do que é o direito para o Estado. Portanto, faz-se necessário uma inversão, necessário que o Estado faça a leitura do que diz o povo para então dizer o direito (PITCH, 2003, p. 288).

> A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais (HONNETH, 2003, p. 155).

"O processo de individuação está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo" (HONNETH, 2003, p. 156), nesse sentido, cada um se sentirá reconhecido enquanto indivíduo na medida em que praticar o reconhecimento pelo outro, a partir de um processo mútuo e recíproco de reconhecimento.

> São as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades (HONNETH, 2003, p. 156).

"O amor representa a primeira etapa de reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes" (HONNETH, 2003, p. 160).

Assim, diferentes formas de amar devem ser reconhecidas, na medida em que fazem parte, também, de um processo de reconhecimento recíproco. Não podemos dizer um indivíduo protegido por direitos universalmente conferidos se ele não estiver representado pelo padrão imposto por esses direitos. Assim, nesse sentido, o processo de luta por reconhecimento é necessário, e só é possível se realizado por toda a sociedade.

Ou seja, se é o reconhecimento recíproco um importante instrumento, é necessário leva-lo para ambientes que digam respeito ao direito de intimidade, também. Como dito acima, o amor é a etapa inicial desse processo de reconhecer o outro como sujeito, dentro de suas subjetividades. Nesse sentido, para que se pratique a tolerância, é necessário olhar o outro sabendo da heterogeneidade possível. Logo, em síntese, o amor ocorre de forma plural, e, portanto, não pode ser visto de forma generalizada universalmente.

4 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE SEXUALIDADE

Antes que possa me debruçar na questão da cidadania da sexualidade, entendo a importância de elaborar alguns apontamentos acerca da sexualidade – entendida enquanto as características referentes ao comportamento sexual de cada indivíduo (GIDDENS, 2005, p. 575).

A noção acerca da sexualidade vem alterando ao longo do tempo, enquanto em um momento anterior ela estava, tão somente, associada à reprodução, hoje já há um certo consenso de superação desse limite, outrossim, embora tenha sido reestruturada sob outros paradigmas, como o prazer sexual e o afeto, ainda restam algumas imposições, que sejam sociais, para a disposição da sexualidade. Ou seja, ainda que se saiba que muitas pessoas fujam à regra, tem-se como um padrão ocidental a sexualidade exercida de forma heterossexual e monogâmica (GIDDENS, 2005, p. 116).

Esses padrões, quando quebrados por determinados indivíduos, geram repressões. "costuma-se falar de repressão sexual tendo-se como referência conjuntos de regras proibidoras que são explícitas e conscientemente conhecidas por todos os membros de uma sociedade", ou seja, essas normas demandam os valores de determinada sociedade, isso no que diz respeito às questões de sexualidade (CHAUI, 1984, p. 77).

Mesmo havendo essas normas sociais, as pessoas podem aderir a outras formas de relacionamentos sexuais que não aqueles delineados majoritariamente, isso porque, sempre haverão normas que aprovam determinadas práticas e desaprovam outras, essas normas são passadas de pessoa para pessoa por meio do processo de interação em sociedade. Por exemplo, quando se vivia o momento do amor romântico, era ele que norteava as questões que dizem respeito à sexualidade (GIDDENS, 2005, p. 116-117).

Importante destacar que muitas das questões que dizem respeito à sexualidade no Ocidente foram estruturadas em conjunto pelo cristianismo, ou seja, dentro de preceitos que determinam certas práticas como refutáveis em detrimento de outras, ao fim e ao cabo, consideram-se permitidas práticas que tenham como finalidade a reprodução. Hoje, pode-se dizer, já houve certo rompimento dessas estruturas, isso porque, é cada vez mais comum que pessoas tenham práticas sexuais

contramajoritárias e, em igual sentido, mais comum que sejam aceitas essas práticas mesmo por aqueles que permanecem em um padrão imposto pela sociedade (GIDDENS, 2005, p. 117).

Um fato que se tem é o movimento em sentido da tolerância, uma medida que se impõem é que essa tolerância seja real e abarcada mais do que por parcela da sociedade, mas, ainda, pelos institutos que circundam esse sistema social, assim, percebe-se, mais uma vez, que, frente à diversidade, frente às diferentes manifestações da sexualidade, não é crível que um único modelo venha a regular todo o sistema. É sob esse paradigma que passo a enfrentar a questão da cidadania da sexualidade.

5 CIDADANIA DA SEXUALIDADE

A partir da noção sobre Direitos Fundamentais e teoria do reconhecimento é importante delinear quais os princípios que irão respaldar o diálogo acerca da cidadania da sexualidade. Conforme demonstra Rios (2007, p. 37), os princípios que correspondem a esse diálogo são os da liberdade, da igualdade e da dignidade, todos imprescindíveis para a estruturação de uma democracia sexual.

De uma ideia do que é liberdade pode-se extrair que cada indivíduo é livre para viver como se sentir melhor, fazer aquilo que lhe der vontade, desde que não atinja a liberdade do outro, e assim é para todas as esferas da vida. Ou seja, posso escolher minha profissão, minha religião, orientação política, enfim, todo o indivíduo tem liberdade para isso. No entanto, a partir da realidade, percebe-se que quando se fala em liberdade sexual encontram-se obstáculos.

A partir do conceito da filosofia da libertação[4], busca-se atingir o fim de dar voz ao Outro, aprender o outro, conceito que pode ser aplicado a diversas minorias, mas, para o sentido que busco trazer ao artigo, qual seja, cidadania da sexualidade, falo do Outro como sendo minoria sexual. Ou seja, o Outro de uma sociedade ocidental, que é culturalmente monogâmica[5] e heteronormativa[6], compreende-se por qualquer indivíduo que fuja aos padrões dessas categorias, ou seja, tanto não-monogâmico quanto não-heterossexual, independente da combinação dessas duas características. Ou seja, o Outro pode tanto ser uma pessoa heterossexual em um relacionamento não-monogâmico, quanto um homossexual em um relacionamento monogâmico, sem excluir, é claro, homossexuais em relacionamentos não-monogâmicos.

Por relacionamentos não-monogâmicos compreende-se todos aqueles que desviam do padrão casal em exclusividade conjugal. Aqui, então, insiro as categorias do relacionamento paralelo, poliamorista e livres. Todas categorias silenciadas frente à monogamia imposta que engloba nossa cultura ocidental.

Segundo Aragão (2004, p. 213-214), a teoria da libertação pressupõe que cada indivíduo deve agir ativamente na definição do seu eu, sendo a libertação entendida como o caminho para atingir o fim que é a definição do ser, sendo, portanto, considerada "fundamental para recuperar o oprimido, servindo de apoio aos seres humanos em luta por sua existência".

A construção de subjetividade do Outro acaba por construir também novos direitos, e, nesse sentido, torna-se exigível que se busque pela expansão dessa subjetividade no campo jurídico. Como criadores desses novos direitos deve-se pensar novas formas, aproximando os sujeitos para mostrar o que são e, assim, serem reconhecidos frente ao direito, garantindo, assim a proteção aos direitos humanos a partir da ideia de que o Outro também é humano. (ARAGÃO, 2004, p. 223).

A exclusão social demarca uma batalha do Brasil, estar de frente com o sofrimento do outro pela exclusão, aceitar e incluir demanda muitos esforços e importante avanço social. Por vezes essa

4 Conceito elaborado por Enrique D. Dussel na obra "Filosofia da Libertação na América Latina".

5 Sociedades em que a união conjugal é permitida com apenas uma pessoa por vez. (GIDDENS, 2005, p. 571).

6 Sociedades em que a união conjugal se define pela busca de envolvimento emocional e sexual por pessoas de sexo oposto (GIDDENS, 2005, p. 116).

exclusão é mais evidente e, por mera leitura de livros de história ela pode ser percebida, como é o caso dos índios e negros. Outras demandam um olhar mais sensível, aqui incluo a exclusão social dada pela sexualidade (SUAREZ et.al., 2001, p. 12-13).

Impõe-se pensar os direitos humanos no que diz respeito à sexualidade, como uma forma de resguardar os direitos de cidadania e democracia de cada indivíduo. Assim, sob essa perspectiva devemos aderir a um modelo de livre exercício da sexualidade, é o que faz Rios (2007), unindo três grandes eixos de debate, quais sejam: identidade[7], relações sexuais e direitos sexuais, e, nesse sentindo, unindo em debate cidadania[8], democracia e direito, cujo resultado denomina como "direito democrático da sexualidade".

Dizer uma cidadania da sexualidade como proponho nesse momento importa observarmos o contexto ao qual essa perspectiva se insere, qual seja, um contexto latino-americano, marcado por identidades oprimidas lutando a partir dos movimentos sociais em busca de libertação e reconhecimento, processo esse que acaba por criar uma subjetividade vinculada a essa luta que passa a organizar a vida dos envolvidos, a subjetividade do Outro (ARAGÃO, 2004, p. 211).

A percepção do Outro romperia os obstáculos criados por aqueles que deveriam resguardar direitos, isso porque, como argumento majoritário à negativa de certos direitos da sexuais encontramos a voz da maioria, uma restrição à democracia entendida como respeito à vontade do povo, deixando de lado a função de proteger os grupos minoritários (RIOS, 2007, p. 33).

Além disso, em que medida pode o Estado interferir na sexualidade dos indivíduos de sociedades politicamente livres, laicas e democráticas. Daí latente as questões discriminatórias, a eleição de critérios culturais de uma maioria para regular toda a sociedade, delimitando a expressão da vida sexual dos cidadãos (LOPES, 2007, p. 56-57).

A partir da atenção às tantas discussões acerca do exercício da sexualidade, não podemos afirmar que existe uma única forma correta de vive-la. Nesse sentido, a ideia de uma sexualidade democrática surge como alternativa àquelas normas morais conservadoras. Muito embora o sexo seja algo que diga respeito à vida privada de cada indivíduo, as discussões que o perpassam se tornam públicas, isso porque a sexualidade mudou de sentido desde que se passou a questionar as normas que eram impostas ao espaço doméstico de cada indivíduo, na medida em que se está correlacionando a vida privada com a vida política, faz-se necessário construir o conceito de democracia sexual (FASSIN, 2006).

A partir da ideia do que seja democrático, ou seja, a sociedade definindo suas normas de acordo com suas vicissitudes, sem normas que imponham algo que não está de acordo com a vivência, podemos pensar em uma democracia da sexualidade como aquela a ser aplicada sobre as questões de gênero[9] e de sexualidade[10] a partir da ideia de que essas manifestações sexuais são naturais, prescindem de normas. Assim, sendo naturais, qualquer esforço normativo que busque limitá-las, possivelmente, não encontrará sucesso (FASSIN, 2006).

Muito embora a democracia acabe dando voz às maiorias, é necessária a atenção às minorias, que se manifestam a partir dos movimentos sociais, por exemplo. A proposta da democracia da sexualidade apresentada por Éric Fassin não apresenta a inexistência de regras, mas, sim, que as regras

---

7 "Características distintivas do caráter de um indivíduo ou de um grupo relacionadas a quem eles são e ao que é significativo para eles. Algumas das principais fontes de identidade incluem o gênero, a orientação sexual [...]" (GIDDENS, 2005, p.569)

9 "Expectativas sociais, em relação ao comportamento, consideradas adequadas para os membros de cada sexo" (GIDDENS, 2005, p. 568).

10 "Termo geral que se refere às características sexuais e ao comportamento sexual, de seres humanos" (GIDDENS, 2005, p. 575).

não sejam impostas como óbvias, mas, sim, regras criadas a partir das reais demandas da sexualidade, normas discutíveis entre o público e o privado (FASSIN, 2006).

De acordo com a construção apresentada por Hannah Arendt, aproximando da ambiência da sexualidade, compreende-se como orgulho o sentimento de identidade que possuímos por sermos o que somos, um sentimento indissociável a qualquer indivíduo, que pode acabar por ser atingido de acordo com a interação dessa identidade com o meio social (ARENDT, p. 262).

A autora trabalha esse conceito a partir da segregação racial, busco reestruturar essa ideia para as questões relativas à sexualidade. A segregação social das minorias sexuais não consiste no maior ponto a ser trabalhado, mas, sim, o que deve ser ressignificada é a forma com a qual o Estado se posiciona, forma essa que traz invisibilidade a esses indivíduos, desviantes do padrão que ele próprio estabeleceu, mas, a gravidade de tal invisibilidade consiste no fato de que ela só existe tendo em vista a construção social do pais, ou seja, a tarefa de alterá-la esbarra em uma maioria heteronormativa que se sente representada (ARENDT, p. 264-265).

A lógica de proteção às minorias sexuais pelo Estado não fará nada além de extinguir dispositivos que excluam e decisões que não incluam, mas, certamente, não fará com que a sociedade aceite essa igualdade, tampouco será capaz de extinguir a discriminação que é estrutural. Sua importância consistirá em, sobretudo, incluir a igualdade nas práticas políticas (ARENDT, p. 272).

> A sociedade é essa esfera curiosa, um tanto híbrida, entre o político e o privado em que, desde o início da era moderna, a maioria dos homens tem passado a maior parte da vida. Pois cada vez que abandonamos as quatro paredes protetoras de nosso lar e cruzamos o limiar do mundo público, entramos primeiro não na esfera política da igualdade, mas na esfera social. Somos impelidos a entrar nessa esfera pela necessidade de ganhar a vida, atraídos pelo desejo de seguir a nossa vocação, ou incitados pelo prazer da companhia; uma vez lá dentro, nos tornamos sujeitos ao velho adágio "o semelhante atrai o semelhante" que controla toda a esfera da sociedade na variedade inumerável de seus grupos e associações. O que importa nesse caso não é a distinção pessoal, mas as diferenças pelas quais as pessoas pertencem a certos grupos cuja própria possibilidade de identificação exige que elas discriminem outros grupos no mesmo âmbito (ARENDT, p. 273).

Nesse sentido, a sociedade aparece como um espaço independente do público e do privado, ao qual os indivíduos são inseridos ao sair da área de conforto que, aparentemente é o núcleo familiar, ao entrar na esfera social precisamos nos sentir incluídos, no entanto, essa inclusão é restritiva de acordo com a maioria, muitos buscam adaptar-se aos moldes pré-estabelecidos, ao passo que outros, ainda que tentem estar incluídos nessa interação social, não são capazes de moldar sua identidade, assim, em última análise, o processo de socialização do indivíduo contribui para a discriminação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto percebe-se a necessidade de atenção à construção de uma cidadania da sexualidade, pois, enquanto indivíduo não heterossexual e não monogâmico muitos obstáculos são impostos, tanto no viver em sociedade, quanto no mundo do direito, caso se perceba a necessidade de buscá-los.

Os indivíduos são classificados entre normais e anormais de acordo com sua orientação sexual e sua forma de ter relacionamentos, isso porque, qualquer desvio de padrão acaba por ser excluído. Nesse sentido, é preciso que sejam trabalhados temas que tragam à evidência outras formas de viver afetivamente, é preciso falar em uma cidadania da sexualidade, que compreende a inclusão dos indivíduos, tão somente, a partir da aceitação de suas identidades.

Assim, percebe-se que com proteções genéricas de direitos fundamentais, criadas por uma maioria que acredita em uma homogeneidade social, não se está protegendo as minorias, mas, sim, deixando-a vulnerável a um processo de discriminação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do outro, processo de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos e filosofia jurídica na américa latina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.211-228.

ARENDT, Hannah. Reflexões sobre little rock. *in:* responsabilidade e julgamento. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p.261-281.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Liberdade individual nos países do mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CHAUI, Marilena. Repressão sexual: essa nossa (des)conhecida. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1984

DEMANT, Peter. Direitos para os excluídos. *in:* PINKSY, Jaime; PINKSY, Carla Bassanezi [org.] História da cidadania. 4.ed. São Paulo: Contexto, 2008. p.343-384.

FASSIN, Eric. La democracia aplicada al género y a la sexualidade. *in*: Revista Letra S, Salud, Sexualidad, Sida. n.119. Jul.2006. disponível em: <http://www.jornada.unam.mx/2006/06/ 01/ls-democracia.html> acesso em: 22 nov. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução: Alexandre Salim, et.al. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. *In:* WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos e filosofia jurídica na américa latina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.359-385.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. 4.ed. tradução: Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: editora 34, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais: o problema a partir da moral moderna. *in:* RIOS, Roger Raupp. [org.] Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41-72.

PITCH, Tamar. Um derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidade. Tradução: Cristina García Pascual. Madrid: Trotta, 2003.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. *in:* RIOS, Roger Raupp. [org.] Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13-38.

SUAREZ, Myrea; RODRIGUES, Marlene T.; CLEAVER, Ana Julieta T. considerando as diferenças de gênero: para uma política de igualdade entre homens e mulheres. São Paulo: Polis, 2001.

ZOLO, Danilo. Libertad, propriedade e igualdad em la teoria de los derechos fundamentales: a proposito de um ensayo de Luigi Ferrajoli. *In:* FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Sagasta: Trafita, 2001.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO, LEI MARIA DA PENHA E PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006

Vanessa Ramos da Silva[1]
Paula Pinhal de Carlos[2]

RESUMO: A Lei Maria da Penha foi criada para tutelar os direitos das mulheres em situação de violência e, para a sua aplicação, é necessário que estejam presentes alguns requisitos, tendo em vista que nem toda violência que ocorre é baseada no gênero. Contudo, na hora da aplicação da lei e verificação da presença desses requisitos, por vezes ocorrem equívocos quanto ao que é efetivamente violência de gênero, o que ocasiona o declínio de competência em casos que deveriam ser abarcados pela Lei Maria da Penha e julgados pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Através de uma análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), verifica-se que isso ocorre, dentre outros motivos, por causa da confusão entre conceitos de gênero e sexo, o que acaba prejudicando o processamento de casos objeto dessa lei. Este artigo, portanto, buscar entender qual é o conceito de gênero utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, a partir disso, trazer o conceito de gênero vindo das Ciências Humanas e Sociais, verificando a consonância ou não entre ambos.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Violência de Gênero. Lei Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

No dia 22 setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, com o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência em razão do gênero no Brasil. A lei determinou a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para os julgamentos dos processos envolvendo violência de gênero e suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) e, em seu artigo 5º, estabeleceu os requisitos para a sua aplicação, norteadores na hora de processar e julgar os casos. Nesse dispositivo, estabeleceu que "para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher *qualquer ação ou omissão baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (grifo nosso).[3]

A partir do artigo 5º, retiramos o principal requisito que atrai a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: a violência baseada no gênero. No entanto, o que se entende por gênero no Poder Judiciário gaúcho? O que é violência de gênero, segundo as decisões proferidas pelos magistrados? E qual é, na realidade, o conceito de gênero, advindo das Ciências Humanas e Sociais?

Para responder a esses questionamentos, neste artigo serão analisadas as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que se refere aos casos de violência de gênero, para, a partir dessa análise, verificar como o tema é tratado e julgado pelos magistrados quanto aos requisitos para a

---

1 Graduanda do curso de Direito do UniRitter Laureate Universities, Bolsista voluntária do projeto "Gênero, sexualidade e família nas relações sociojurídicas", vinculado ao UNILASALLE.

2 Professora permanente do Mestrado em Direito e professora colaboradora do Programa de Pós-graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE. Professora da graduação em Direito do UNIRITTER. Coordenadora do projeto de pesquisa "Gênero, sexualidade e família nas relações sociojurídicas". Líder do grupo de pesquisa CNPq "Efetividade dos direitos e Poder Judiciário" e vice-líder do grupo de pesquisa CNPq "Mariposas: gênero, sexualidades e feminismos".

3 Ver: BRASIL. Lei 11.340, de sete de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 30 abr. 2016.

aplicação da Lei Maria da Penha e os casos por ela abarcados no Judiciário, com base no conceito de gênero e violência de gênero usado por esse Poder, em comparação com o conceito de gênero das Ciências Humanas e Sociais, avaliando então se há ou não consonância entre eles.

2 LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006, popularmente chamada de Lei Maria da Penha, tem este nome em razão da brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, uma cearense vítima de violência de gênero que sofreu duas tentativas de homicídio perpetradas pelo ex-marido na década de 1980, tendo restado paraplégica após uma delas. Ela é fruto do esforço coletivo de várias Organizações Não-Governamentais (ONGs) e instituições, denominado Consórcio de ONGs, formado pelas ONGs Feministas Advocacy, Agende, Themis, Claden/Ipê, CEPIA e Cfemea, que elaborou o anteprojeto da Lei Maria da Penha, e teve os movimentos feministas brasileiros como grande impulsionador.

O processo de criação dessa lei foi um processo longo e não se iniciou apenas com Maria da Penha. Já na década de 1970, diante da ocorrência massiva de casos de violência e morte de mulheres em que os agressores alegavam que mataram por amor e em defesa da honra, as mulheres foram às ruas com o slogan "quem ama não mata", antecipando a preocupação com a violência conjugal (CALAZANS; CORTES, 2011). Em 1985, também fruto da mobilização política dos movimentos feministas no Brasil, foi criada em São Paulo, a primeira Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, através do Decreto nº 23.769, momento importante e significativo no sentido de criar políticas públicas para erradicar a violência contra a mulher, tendo em vista que se criou um espaço para o acolhimento das vítimas dentro do âmbito da polícia.

No decorrer das décadas de 1980 e 1990, os movimentos feministas continuaram suas mobilizações e ocorreu a criação de várias ONGs feministas. Com isso, as reivindicações passaram a tomar mais espaço, realizando-se conquistas no âmbito legislativo, ainda que fossem apenas com alterações das leis penais. Dentre estas alterações, está a Lei nº 7.209/1984, que modificou o artigo 61 do Código Penal, colocando como agravante da pena o fato de o crime ser praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Após, em 1994, a Lei nº 8.930 tornou crimes hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor e, em 1996, a Lei nº 9.318 tornou agravante de pena o fato do crime ser cometido contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. Por fim, em 2001, a Lei nº 10.224 criminalizou o assédio sexual.

Contudo, esses avanços ainda não ofereceriam uma tutela específica direcionada à violência de gênero, o que acabava por tornar a resposta do Estado lenta e ineficiente diante desses casos, em que muitas vezes a integridade física da vítima está em constante risco (a própria Maria da Penha foi exemplo disso). Em 1983, enquanto dormia, a cearense levou um tiro de seu ex-cônjuge, e acabou ficando paraplégica. Pouco tempo depois, sofreu nova tentativa de homicídio por parte do seu ex-marido, que tentou eletrocutá-la. Embora negasse a autoria dos fatos, as provas que foram obtidas no Inquérito Policial revelavam indícios de autoria e materialidade delitiva, tendo sido oferecida denúncia pelo Ministério Público em 1984 (PORTO, 2007, p. 9).

No ano de 1991, o agressor foi levado a júri, e foi condenado a cumprir pena de oito anos de reclusão. Recorreu à sentença em liberdade, suscitando nulidade em relação à elaboração dos quesitos, tendo o recurso sido acolhido e o julgamento anulado. Em 1996 foi submetido a novo julgamento, e novamente condenado, desta vez a 10 anos e seis meses de prisão, tendo sido preso apenas em 2002 e solto dois anos depois, estando atualmente em liberdade (CUNHA; PINTO, 2007, p.12).

Em razão dessa demora na persecução e punição do crime, tendo em vista que o agressor somente foi preso quase 20 anos depois do último episódio de agressão, e foi solto após cumprir dois anos de prisão, houve uma grande repercussão do caso, e, com a participação do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos das

Mulheres (CLADEM), foi oferecida denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base nos artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM).[4] A denúncia alegava a tolerância do Brasil em relação à violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra Maria da Penha Maia Fernandes que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Tal tolerância do Estado seria evidenciada pelo fato de não ter tomado as medidas necessárias para processar e punir o agressor durante mais de 15 anos, mesmo com as denúncias prestadas. No relatório, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou o cumprimento de algumas recomendações pelo Brasil, no sentido de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que diz respeito aos casos de violência doméstica no Brasil, adotando medidas para investigar, processar e punir os agressores e reduzir a violência.

No ano de 2002, o Consórcio de ONGs feministas se reuniu para então criar o anteprojeto de lei para combater a violência contra a mulher, para depois apresentá-lo à Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República (SPM), em 2004. Depois de vários debates e seminários pelo país, a SPM encaminhou o Projeto de Lei nº 4.549/2004 à Câmara dos Deputados, tendo ele sido posteriormente transformado na Lei nº 11.340/2006.

A atuação da SPM, juntamente com os movimentos das mulheres, foi determinante na aprovação do Projeto de Lei nº 4.549/2004. Todo o processo de criação da Lei Maria da Penha e os resultados alcançados, demonstram uma articulação estreita entre o governo federal e os movimentos feministas (SANTOS, 2008, p. 27). "A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006, é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público" (BARSTED, 2011, p. 15). Nesse sentido, Barsted destaca o papel dos movimentos feministas para a criação da Lei nº 11.340/2006:

> Consideramos importante, dessa forma, destacar a atuação do feminismo brasileiro como ator político no cenário nacional e sua capacidade de impulsionar políticas públicas voltadas para a efetivação da cidadania das mulheres, especialmente no que se refere ao enfrentamento da violência. Faz-se necessário, também, contextualizar o processo de advocacy feminista na propositura da Lei Maria da Penha, que foi precedido por avanços na legislação brasileira e na legislação internacional. (BARSTED, 2011, p. 15).

A Lei Maria da Penha trouxe às mulheres a possibilidade de um espaço para romper o ciclo da violência,[5] na tentativa de devolver às vítimas a autonomia sobre suas vidas. Contudo, mesmo sendo um grande avanço legislativo no que se refere à violência de gênero, ainda é necessário que as instituições se adequem para o enfrentamento desse tipo de violência, para que se possa efetivar a lei, tendo em vista a dificuldade de articulação e compreensão de alguns conceitos que são a raiz da lei, principalmente no âmbito do Poder Judiciário.

3 CONCEITO DE GÊNERO

---

4 Informações retiradas do próprio Relatório nº 54/01, caso 12.051, em agosto de 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em 27 abr. 2016.

5 "Esse ciclo caracteriza-se por três momentos marcantes: a fase de tensão, caracterizada por insultos, humilhações e provocações mútuas; o episódio agudo de violência, marcado pelos diferentes tipos de agressões; e a fase de lua-de-mel, onde o casal realiza promessas mútuas, ocorre uma idealização do parceiro e a negação da vivência da violência". (PORTO, 2004, p. 67). Não existe algo determinante que explique as razões exatas que podem levar as mulheres a uma situação de violência ou permanecerem nessa situação por um período logo, sem conseguir romper este ciclo, contudo, os fatores culturais, emocionais e financeiros podem contribuir para a perpetuação desse ciclo. (LAZZARI, 2014, p. 80)

Para que se torne possível entender a função e razão de ser da Lei Maria da Penha, e entender o que é a violência de gênero, faz-se necessária a compreensão acerca do conceito de gênero. Segundo Stolcke (2004, p. 77), desde os anos 1950 sexólogos e psicólogos americanos já haviam introduzido a palavra gênero, com a intenção de distinguir o sexo biológico do gênero social. Em 1970, com os movimentos feministas, essa terminologia era utilizada para enfatizar que a desigualdade e a opressão sofrida pelas mulheres em relação aos homens não depende das diferenças do sexo biológico, sendo as relações de gênero um fenômeno sociocultural.

Essa distinção entre sexo e gênero surgiu inicialmente para questionar a afirmação de que a biologia é o destino do sujeito. Significa afirmar que, embora pareça o sexo imutável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído, e não é um resultado do sexo ou aparentemente fixo como o sexo, desconstruindo o imaginário de que o gênero é necessariamente um reflexo do sexo, ou restringido por ele (BUTLER, p. 24). Esse uso da terminologia gênero serve, então, para enfatizar todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, pois é constituído sobre corpos sexuados, mas não é diretamente determinado por ele, e nem determina diretamente a sexualidade, refutando o determinismo biológico no uso de termos como "sexo" e "diferença sexual" (SCOTT, 1995, p. 72).

Para SCOTT (1995, p. 86-87), o gênero implica quatro elementos que são interrelacionados: os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas, os conceitos normativos que são interpretações dos significados dos símbolos, a noção de política e a referência às instituições e à organização social, e a identidade subjetiva.

> Além disso, o termo "gênero" também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo "gênero" torna-se uma forma de indicar "construções culturais" - a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens de às mulheres. (SCOTT, 1995, p. 75)

A ideia de que os homens e as mulheres devem adotar um determinado tipo de comportamento a partir da construção social do masculino e feminino, atribuem determinados papéis e funções sociais para cada um, construindo relações de desigualdade. A forma com que essas desigualdades são valorizadas ou representadas é que vai constituir o que é feminino ou masculino em uma sociedade e em uma determinada época (LOURO, 2004, p. 21). Além disso, segundo SCOTT (1995, p. 88) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder, sendo um campo primário em que o poder é articulado, possibilitando a significação do poder.Dentro desse contexto, a transgressão dos parâmetros masculinos e femininos de conduta que foram incorporados ao longo da história social por homens e mulheres, reforçados pelo patriarcado[6] e preservados através da divisão de papéis e da organização de tarefas, estrutura uma legitimação da violência contra a mulher. (DINIZ; ALVES, 2014, p. 162)

Essa violência, designada pela expressão violência de gênero, é descrita como a violência contra a pessoa por causa do gênero que ela possui, ou seja, a vítima é agredida por ser mulher ou homem. Dessa forma, conclui-se que a violência de gênero não está adstrita à violência ocorrida exclusivamente em relação conjugal, bem como não está ligada à violência perpetuada unicamente por homens contra mulheres, não se restringindo às características biológicas do agressor e vítima, mas

6 Segundo Saffioti, o patriarcado não se trata de uma relação privada, mas civil, que dá aos homens direitos sexuais sobre as mulheres quase que irrestritamente, configurando um tipo hierárquico de relação, que invade todos os espaços da sociedade, representando uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência.

sim das construções sociais que resultam em desigualdades, perpetuando a dominação[7] de gênero, dentro de um determinado contexto social e período histórico.

4 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TJRS

Foi realizada pesquisa de jurisprudência no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando a pesquisa avançada, com o termo "violência doméstica", qualquer uma das palavras "maria da penha" e com a expressão "gênero". Essa pesquisa foi refinada para buscar acórdãos a partir do dia 1º de setembro de 2006 (tendo em vista a vigência da Lei nº 11.340/2006), tendo como resultado 292 acórdãos até abril de 2016. Desses 292 acórdãos, 163 versavam sobre conflito de jurisdição, e foram analisados apenas os 163, retirando da análise as demais decisões (apelação, correição parcial, agravo regimental, recurso em sentido estrito, embargos com efeito infringente) para analisar a aplicação da Lei Maria da Penha a partir dos julgados, verificar a aplicação dos requisitos da lei ao caso concreto e o conceito de gênero utilizado pelo Poder Judiciário.

Das 163 decisões, a maioria é oriunda das Comarcas de Porto Alegre (90 decisões) e Santa Maria (34 decisões), tendo a maioria sido julgada pela Primeira (44 decisões) e Terceira Câmaras Criminais (46 decisões). O ano em que mais foram analisados conflitos de competência foi o ano de 2015 (62 decisões), não tendo sido nenhum resultado de decisões envolvendo conflito de jurisdição quanto à Lei Maria da Penha nos anos de 2006 e 2007. Os delitos que mais aparecem nos julgados são classificados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[8] pelo assunto "decorrente de violência doméstica" (49 decisões), "ameaça" (35 decisões) e "lesão corporal leve" (38 decisões).

Em todos os acórdãos analisados, o conflito de competência é negativo[9], e o motivo da opção por analisar os conflitos de jurisdição é por evidenciar nas decisões os requisitos que o Poder Judiciário impõe para a aplicação da Lei nº 11.340/2006, e, a partir disso, foi possível comparar as condições de aplicação presentes nos acórdãos com os requisitos que efetivamente se encontram na lei, em especial o requisito da "violência baseada no gênero", verificando o que o Judiciário entende por gênero.

Depois de coletar os dados, foi utilizado o método qualitativo de análise de conteúdo, no sentido de identificar o conteúdo da comunicação nas decisões. Segundo BARDIN, (1977, p. 46), o objetivo da análise de conteúdo é a verificação do conteúdo e a expressão desse conteúdo (das mensagens), sem fixar-se apenas nas palavras, mas em seu sentido, tomando em consideração as significações, as formas e distribuições destes conteúdos, procurando conhecer aquilo que está por detrás das palavras.

---

7 Segundo Bordieu, a dominação masculina é uma forma particular de violência simbólica, que se mascara nas relações, naturalizada e entendida como legítima, em que uma relação desigual de poder comporta a aceitação do dominado, não necessariamente consciente, mas advinda de uma submissão pré-reflexiva. "A força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada" (p. 33)

8 Sobre a classificação por assuntos no CNJ, ver: http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_assuntos.php

9 O conflito de competência ocorre quando mais de um Juiz se julga competente ou incompetente para julgar um determinado processo, podendo ser negativo ou positivo. O conflito é negativo quando o Juiz declina sua competência para julgar a causa, remetendo os autos ao Juízo que seria o competente, e esse último também não reconhece competência para julgar a causa. O conflito positivo, por sua vez, ocorre quando mais de um Juiz se considera competente para julgar um processo, conforme se verifica no artigo 66, do Código de Processo Civil de 2015: Há conflito de competência quando: I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;
II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência; III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> Acesso em 03 mai. 2016.

Esta análise foi feita nas etapas sugeridas por Bardin (1977, p. 95-100): a primeira fase, de pré-análise, foi utilizada para sistematizar as ideias iniciais e estabelecer indicadores para a interpretação das informações coletadas dos acórdãos, através da leitura flutuante dos documentos (acórdãos), a escolha dos documentos (definição do que será utilizado para análise), a formulação de objetivos a partir desta leitura inicial, e a elaboração dos indicadores a serem utilizados.

Depois, deu-se início à segunda fase, de exploração do material coletado, definida por Bardin (1977, p. 101-102) como a transformação, por meio de recortes, e a definição de regras de contagem, classificação e agregação das informações extraídas dos documentos. A terceira fase, que corresponde ao tratamento dos resultados foi realizada através da interpretação e síntese dos resultados, dando sentido, então, aos dados coletados, para aplicá-los a presente pesquisa.

Nesse artigo, foi analisada especificamente a aplicação do requisito do *caput* do artigo 5º da Lei Maria da Penha,[10] que expõe as condições necessárias para a configuração da violência doméstica, qual seja a violência baseada no gênero. Nos acórdãos analisados, identifica-se a ampla utilização da palavra "gênero", contudo, apesar dos julgadores mencionarem a "submissão da mulher com base no gênero" (RIO GRANDE DO SUL, 2016a), a "motivação de gênero" (RIO GRANDE DO SUL, 2016b), a "violência baseada em questões de gênero" (RIO GRANDE DO SUL, 2015c), não esclarecem qual o seu entendimento dessas expressões, não apresentando nenhum referencial teórico, com exceção de apenas 13 acórdãos, que trazem o conceito de gênero com referencial, e um acórdão, que não traz o conceito de gênero, mas traz o conceito de violência de gênero.

Ainda, em alguns acórdãos, evidencia-se um conceito equivocado de gênero, ao confundi-lo com o termo sexo, conforme se depreende do seguinte julgado, a título de exemplo:

> Da citada normativa legal, então, se depreende que a incidência da Lei 11.340/06 depende de a violência ter como base a *questão de gênero, ou seja, ser praticada por pessoa do sexo masculino contra pessoa do sexo feminino.* E tanto se justifica na medida em que o intuito da mencionada legislação é justamente proteger e criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de vulnerabilidade. [...] No caso concreto não há dúvidas de que os delitos em tese praticados guardam direta relação com questão de gênero. E não apenas porque *praticados por homem contra mulher*, mas porque no âmbito de relação familiar. (grifo nosso) (RIO GRANDE DO SUL, 2015d)

Tais afirmações, além de contrariar o disposto na própria lei, que, em seu parágrafo único[11] abre a possibilidade para a aplicação da lei para a violência ocorrida dentro de um relacionamento entre duas pessoas do gênero feminino, criam um requisito inexistente para a aplicação da lei, ao pressupor que o sujeito ativo (agressor) deverá ser sempre um homem, o que demonstra a incipiência do conceito de gênero no âmbito jurídico, que se reflete no Poder Judiciário.

Além disso, por vezes os julgadores reduzem o conceito de gênero à questão de submissão ou subordinação da mulher em relação ao homem, que assume posição de dominação, associando-o a questões de vulnerabilidade e hipossuficiência, ao afirmar, por exemplo, que "como bem demonstrado nos autos, a lesão foi cometida pelo namorado da vítima, na ocasião em que agrediu a ofendida, o que se qualifica como violência de gênero, expressando a posição de dominação do homem e subordinação da mulher" (RIO GRANDE DO SUL, 2015e). Isso ocorre também ao afirmar o julgador que "para aplicação da Lei nº 11.340/2006 necessária (1) existência de relação íntima de afeto entre agressor e vítima; (2) existência de violência de gênero, direcionada à prática delitiva contra mulher e (3)

---

10 "Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão *baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." (grifo nosso)

11 Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

situação de vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor". (grifo nosso) (RIO GRANDE DO SUL, 2015f).

Conforme exposto no item anterior, o conceito de gênero não se resume apenas às relações de poder ou submissão, não sendo correto que a subordinação ou submissão se torne um elemento necessário para a configuração do delito, inclusive sob pena de se criar um modelo específico de mulher que seria abrangida pela Lei Maria da Penha, estabelecendo que a própria mulher teria que preencher características necessárias para que pudesse ser tutelada pela lei, como ser vulnerável ou submissa, ainda que presente a violência, aduzindo que seria necessária inferioridade em relação ao homem no caso concreto para atrair a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que é evidenciado nos acórdãos pelos termos "vulnerabilidade" e "hipossuficiência", encontrados em 130 dos 163 acórdãos.

É notório, contudo, que existe outra corrente adotada pelo TJRS, que afirma que a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher são presumidas e inerentes à condição de ser mulher, o que foi evidenciado em 34 acórdãos, como nos exemplos a seguir:

> Por fim, constata-se que o sujeito passivo é mulher. A vítima é sobrinha do apontado infrator. In casu, *a condição de hipossuficiência da vítima é presumida tendo em vista a superioridade de força física do sexo masculino perante o feminino.* Além disso, há que se considerar que a vítima aparenta não possuir condições de, por si, fazer cessar o constrangimento que vem sofrendo. (RIO GRANDE DO SUL, 2015g) (grifo nosso)
>
> Por fim, constata-se que os sujeitos passivos são mulheres. As vítimas são a mãe e a irmã do apontado infrator. *In casu*, *a condição de hipossuficiência das vítimas é presumida tendo em vista a superioridade de força física do sexo masculino perante o feminino.* Ademais, impende referir que no sistema especial de proteção no qual se insere a Lei Maria da Penha, o sujeito de direito passa a ser visto em sua especificidade e peculiaridade, em razão disso demanda uma resposta diferenciada. (RIO GRANDE DO SUL, 2015h) (grifo nosso)

CANOAS-RS

Ainda assim, reafirma-se uma posição de inferioridade, submissão, vulnerabilidade e hipossuficiência que deveriam, em tese, estar presentes nos casos, o que implica na reafirmação de um determinado papel para a mulher na sociedade, reforçando a ideia de "sexo frágil", de dependência, e de desigualdade o que, além de não decorrer da lei,[12] vai contra sua própria razão de ser, ao estabelecer um padrão, o que implicaria em afirmar que uma mulher que não é dependente financeiramente de ninguém, ou que ocupa um lugar de prestígio na sociedade, por exemplo, não poderia se utilizar da proteção da Lei nº 11.340/2006.[13]

Ademais, não são raros os casos em que se associa a violência de gênero unicamente com a relação conjugal, deixando de tutelar mulheres que sofreram violência de gênero por pessoas que não eram seus companheiros, mesmo que em âmbito familiar, criando requisitos como o de residirem na mesma casa:

---

12 Art. 2o Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

13 A título de exemplo, podemos citar o caso Luana Piovani, famosa atriz, em que a 7ª Câmara Criminal do TJRJ entendeu que o caso não era competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar, tendo o relator afirmado que "é *público e notório que a indicada vítima nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem",* e, por esse motivo, não deveria ser aplicada a Lei Maria da Penha. Em sede de recurso, o STJ decidiu, por unanimidade, que a Lei 11.340/2006 deveria ser aplicada ao caso, revertendo a decisão do TJRJ. (Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0376432-04.2008.8.19.0001, TJRJ)

> Não identifico, na espécie, a submissão da vítima frente ao agressor em razão de gênero, ou mesmo, situação de vulnerabililidade, hipossufiência e inferioridade física ou econômica. Além disso, *eles não residem na mesma residência, e a mera relação de parentesco por afinidade não é suficiente para fazer incidir a lei especial.* E a manifestação ministerial é favorável ao imputado, por óbvias razões, recomendando se seguida. (RIO GRANDE DO SUL, 2015i)

Tal entendimento é contrário à lei, que no artigo 5º, incisos II e III, abarca qualquer violência ocorrida no âmbito da família, compreendida esta como a "comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, bem como qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação". Diante dessa breve análise, podemos perceber a incipiência do conceito de gênero no Poder Judiciário, e constatar as consequências geradas, como a criação de requisitos que não estão na lei, a dificuldade de diferenciação entre sexo e gênero, a associação da violência de gênero unicamente ao relacionamento conjugal, e a visão da obrigatoriedade de vulnerabilidade, hipossuficiência e inferioridade física e econômica, diferenciando as mulheres, o que se evidencia em alguns julgados.

Dessa forma, fica demonstrada a necessidade da busca e correta apropriação do conceito de gênero, para que seja possível identificar o que é violência de gênero no caso concreto, e a partir daí fazer a aplicação correta da Lei Maria da Penha, a fim de efetivar a razão de ser da lei, que é a de evitar, punir e erradicar a violência doméstica, através dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos acórdãos, evidencia-se, através do discurso dos magistrados, a incipiência do conceito de gênero no Poder Judiciário gaúcho, demonstrado através da quantidade de acórdãos que deixam de citar ou esclarecer o conceito de gênero, limitando-se a utilizar a expressão sem demonstrar seu significado. A importância desse conceito reside, principalmente, no momento da análise dos requisitos para a incidência da Lei Maria da Penha, tendo em vista que a sua aplicação se justifica nos casos de violência baseada no gênero, de modo que, sem que se tenha domínio desse conceito, não será possível efetivar a lei de modo pleno.

Tal problema gera algumas consequências, identificadas no decorrer deste trabalho, como a criação de requisitos que não existem na lei, demonstrados no item anterior, bem como a concepção do termo gênero como sinônimo do termo sexo, ainda que sejam termos diferentes, ou o requisito da coabitação, também identificado na pesquisa, enquanto a lei expressamente informa que a sua incidência independe da coabitação. Tais consequências, por sua vez, podem causar danos às vítimas, que apesar de terem sofrido violência de gênero, podem não ser tuteladas pela lei, em vista do não preenchimento desses requisitos elencados pelo Poder Judiciário gaúcho que, conforme identificado nessa pesquisa, deixou de examinarem diversos casos a identificação do requisito básico para a aplicação da Lei 11.340/2006: a ação ou omissão ser baseada no gênero.

Desta forma, faz-se necessária a apropriação do conceito de gênero das Ciências Humanas e Sociais, para que seja possível estabelecer o entendimento do que é a violência de gênero, evitando equívocos no processamento de casos abarcados pela Lei Maria da Penha, principalmente no que tange à análise dos requisitos de aplicação, diante do perigo na demora do julgamento desses processos, em que a vítima por vezes está em situação de risco iminente à sua integridade física, tornando o Poder Judiciário um órgão mais preparado e efetivo para processar e julgar esses casos.

REFERÊNCIAS

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

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha:uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_2_advocacy-feminista.pdf

BORDIEU, Pierre. A dominação masculina. Tradução Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Lei 11.340, de sete de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 30 abr. 2016.
_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.>. Acesso em 03 mai. 2016.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguir. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p 11-12.

DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling; ALVES, Cláudia Oliveira. Gênero, conjugalidades e violência: uma proposta de intervenção sistêmica-feminista. In: Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas. Santa Catarina: Mulheres, 2014.

LAZZARI, Kellen Cristina Varisco. Violência de gênero: uma análise a partir do Centro de Referência para Mulheres Vítimas de Violência. 2014. 118 f. Dissertação (mestrado em Memória Social e Bens Culturais) – Centro Universitário La Salle, Canoas, 2014.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista. 7. ed. Petropólis: Vozes, 2004.

PORTO, Janice Regina Rangel. Violência contra a Mulher: expectativas de um acolhimento humanizado. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4784/000415296.pdf?...1>. Acesso em: 11 mai. 2016.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006, análise crítica e sistêmica. Livraria do Advogado. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70068203728. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 2016a. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.
_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70068086362. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 2016b. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70066527185. Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Pelotas, 2015c. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70063555171. Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel AchuttiBlattes. Porto Alegre, 2015d. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

UNILASALLE CANOAS-RS

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70066827734. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 2015e. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70066546623. Segunda Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, 2015f. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70066291055. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Uruguaiana, 2015g. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70063546212. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Uruguaiana, 2015h. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição nº 70068211424. Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. São Leopoldo, 2015i. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 mai. 2016.

SAFIOTTI, Heleieth I. B. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. *São Paulo Perspec.*[online]. 1999, vol.13, n.4, pp.82-91. ISSN 1806-9452. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88391999000400009>.

SAFIOTTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Graphium Editora., 2011.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: Lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Disponível em: <https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/11080/1/Da%20Delegacia%20da%20mulher%20%C3%A0%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica.Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SOUZA, Dielle Cristina Marques de. Delegacia Especializada em Crime contra a Mulher: uma análise do atendimento às mulheres em situação de violência no Município de Parintins. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1385044172_ARQUIVO_DielleCristinaMarquesdeSouza.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.

STOLKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. Estudos Feministas, Florianópolis, 2004.

A CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO COMO CONQUISTA? AS IMBRICAÇÕES ENTRE O MOVIMENTO FEMINISTA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Larissa Urruth Pereira[1]
Marcelo Buttelli Ramos[2]

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar a Lei Federal n. 13.104/2015 desde uma perspectiva teórica ainda pouco explorada: a político-filosófica. Muito já se disse acerca da possibilidade de se representar a lei federal que trata do Feminicídio como uma espécie de marco simbólico na luta[3]pela ampliação e efetivação dos direitos das mulheres no Brasil. Diante desse contexto caberia indagar - porém sem olvidar da legitimidade dos pressupostos teóricos e empíricos que embasam a adoção desse posicionamento: pode a Lei Federal n. 13.104/2015 ser considerada, sob o ponto de vista da teoria política feminista, uma conquista? Caso isso de fato seja possível, o que está implicado na assunção deste entendimento? Na expectativa de oferecer respostas (sempre parciais) a cada uma dessas questões, os autores procuram aproximar a teoria feminista da crítica criminológica a fim de questionar os pressupostos dessa hipótese que reconhece no sistema de justiça criminal um espaço legítimo de realização do devir emancipatório feminista.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio. Política Criminal. Feminismo.

1 INTRODUÇÃO

No dia de 10 de março do ano de 2015 entrou em vigor, em todo o território nacional, a Lei Federal n. 13.104/2015. Inspirada no relatório final elaborado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instaurada com a finalidade de perquirir o tratamento dispensado, sob o ponto de vista institucional, à temática da violência contra a mulher no Brasil[4], a Lei Federal em questão veio regular, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal (1988) e art. 7º, alíneas "c", "e", "f" e "h" da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), o tratamento jurídico-penal atribuído à questão do feminicídio.

Em linhas gerais, a Lei Federal n. 13.104/2015 consagrou três importantes alterações no âmbito do ordenamento jurídico-penal brasileiro: a primeira alteração consiste na definição dos contornos semânticos da expressão "feminicídio". Com efeito, nos termos da Lei Federal n. 13.104/2015, o feminicídio configurar-se-á nos casos em que o crime de homicídio é praticado em contexto de violência doméstica e/ou familiar ou, ainda, quando o agressor, por intermédio da prática do ato, tem como intenção menosprezar e/ou descriminar a mulher valendo-se, para tanto, de razões de gênero. A segunda modificação concerne à alteração da redação do art. 121 do Código Penal brasileiro e tem como escopo guindar a hipótese do feminicídio à condição de circunstância qualificadora do crime de homicídio. Por fim, a terceira inovação introduzida pela Lei Federal nº 13.104/2015 diz respeito à inscrição do feminicídio no rol dos crimes hediondos (Lei Federal n. 8.072/1990).

Afora todas as implicações processuais e dogmático-penais suscitadas pelo advento da Lei Federal n. 13.104/2015 (que, evidentemente, não se limitam apenas àquelas referidas anteriormente[5])

---

1 Especialista em Ciências Penais e Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS; *lariurruth@gmail.com*
2 Especialista em Ciências Penais e Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS; *mbuttelliramos@hotmail.com*
3 Inaugurada pela Lei Federal n. 11.340/2006, instituidora da política brasileira de proteção à mulher vítima de violência doméstica.
4 O relatório final da Comissão Parlamentar que propôs a "criminalização" do feminicídio se encontra disponível, em seu inteiro teor, junto ao site do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1> Acesso em 25 Mai. 2016.
5Por exemplo, recordemos que pelo fato de ter sido incluído no rol dos crimes hediondos, o feminicídio, quando praticado, sujeitará o autor da conduta a uma série de restrições que vão desde a impossibilidade de concessão

interessa, neste escrito, analisar as consequências políticas que estão implicadas no apelo à intervenção jurídico-penal como forma legítima (e preferencial) de reconhecimento e visibilização de demandas políticas. Nesse contexto, a Lei Federal n. 13.104/2015 serve como um pretexto de fomento à reflexão acerca das implicações simbólicas negativas decorrentes do alinhamento das demandas feministas à hegemonia punitiva heteronormativa representada pela normatividade jurídico penal. Cabe esclarecer, neste sentido, que os argumentos concatenados neste escrito preocupam-se mais com a problematização das formas pelas quais a luta feminista é re-significada dada a sua exposição ao universo de símbolos que compõe o imaginário punitivo[6], do que com a análise das eventuais transformações do sistema de justiça criminal por força da incorporação de demandas feministas[7].

Antes, contudo, de passarmos ao registro dessas considerações, cabe assentar algumas premissas que, por certo, contribuirão para esclarecer os pressupostos teóricos e analíticos que embasam tanto os questionamentos como as conclusões formuladas ao término deste artigo.

Pensar nas consequências políticas que resultam do apelo à intervenção penal pelo feminismo decididamente não é uma tarefa simples. Considerando, destarte, que o termo constitui, ele próprio, um signo semântico aberto e, portanto, polissêmico, acreditamos seja mais adequado apresentá-lo em suas mais variadas acepções ao invés de conceituá-lo (e assim reduzi-lo em sua evidente complexidade). Neste sentido, deixaremos, deliberadamente, a elaboração do sentido do fenômeno social a cargo do leitor. Levando em consideração os propósitos que determinaram a elaboração deste artigo, bastará, aos autores, identificar aquelas reivindicações mais elementares que representam, sob o ponto de vista histórico, os fundamentos hegemônicos do ideário feminista[8].

Em decorrência desse esforço, a apuração dos contornos da identidade política feminista virá ao nosso auxílio na medida em que nos debruçarmos sobre a análise daquelas características que, de acordo com os teóricos da criminologia crítica, sintetizam de forma mais ou menos evidente o funcionamento da Justiça Criminal durante o interstício marcado pelo declínio do Estado previdenciário e a ascensão do Estado penal (WACQUANT, 2013, p. 484)[9]. Através da identificação das demandas políticas fundamentais que compõem o movimento feminista e da apuração das características estruturais que caracterizam o sistema de justiça criminal brasileiro, poderemos, ao fim,

---

de fiança, anistia, graça e indulto até a imposição de prazos diferenciados para a obtenção dos direitos à progressão de regime e ao livramento condicional.

6Essa opção tem como razão de ser a constatação de que inexiste, no âmbito dos estudos sobre a Justiça Criminal brasileira, comprovação empírica a sugerir a mitigação da seletividade penal como consequência da tendência de incorporação de demandas populares pelo sistema de justiça criminal (KARAM, 1996, P. 82).

7A propósito da abordagem dessa dimensão do problema sugerimos, ao leitor, a consulta do excelente: "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira", *in*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-172. Neste ensaio, os autores Carmen Hein Campos e Salo de Carvalho exploram, de forma ampla e detalhada, tanto as contribuições políticas instituídas por ocasião da entrada em vigor da Lei Federal n. 11.340/06, como as condições necessárias para o estabelecimento de um canal de diálogo entre as várias correntes do pensamento feminista e as teorias criminológicas de orientação crítica.

8Evidentemente, ao lançarmos mão da expressão "feminismo", no singular, não estamos olvidando do caráter plural e aberto deste movimento que comporta, democraticamente, posições minoritárias diferenciadas e mesmo contrárias entre si. Com efeito, designamos sob o epíteto de "feminismo" toda uma constelação de práticas e discursos que - a partir de uma miríade de diferentes perspectivas - visam concretizar um mesmo ideal: a abolição de todas as formas de opressão que impedem às mulheres (e todos aqueles que não se enquadram nos discursos que afirmam a natureza "fixa" (e biológica) do feminino) o livre desenvolvimento das suas capacidades humanas (MOUFFE, 1996, p. 199).

9Muito embora, principalmente no caso brasileiro, seja difícil afirmarmos a concretude de um Estado previdenciário ou de bem-estar social, uma vez que este passa a se desenvolver de forma mais contundente após o primeiro governo Lula, mas até hoje ainda não completamente implementado (AZEVEDO, 2010, p.184) na seara punitiva podemos notar a tentativa de sua implementação, como é o exemplo da edição da Lei de Execuções Penais. Assim, o que se pretende ao utilizarmos o argumento de Wacquant é demonstrar a ascensão de um Estado Penal toda vez que há uma diminuição ou uma ausência do Estado Social.

listar algumas ambiguidades que ilustram o quão problemática é a relação que se estabelece entre a política feminista e uma política criminal de corte repressivista.

2 SOBRE AS CORRENTES DO PENSAMENTO FEMINISTA:

Os feminismos – como conjunto de lutas e reinvindicações, não podem ser reduzidos a um conceito fechado, dado que dizem respeito a uma multiplicidade de manifestações teóricas e práticas, advindas de locais sociais plurais, que se orientam no sentido de demandar a equidade entre homens e mulheres. Por isso, a análise de sua evolução histórica precisa ser feita considerando, paralelamente, as diferentes contribuições advindas dos diferentes feminismos nos períodos investigados. A dificuldade para se traçar uma definição estanque dos feminismos se apresenta justamente porque eles surgem de condições históricas concretas– baseadas em questões relacionadas à linguagem e ao exercício do poder (TIBURI, 2015).

Não aceitando qualquer forma de fixidez ao se tentar explicar o andar temporal das teorias e das reivindicações feministas, e partindo-se de uma já tradicional subdivisão teórica do movimento, elaborada desde o contexto norte-americano, podemos falar na existência de três principais ondas[10] feministas – que são estruturadas cronologicamente, embora não se mantenham estanques à época na qual se manifestaram originalmente: a primeira onda, identificada com a ideologia liberal, a segunda, com um enfoque orientado às teorias materialistas, e a terceira, inspirada pelos debates de natureza pós-estruturalistas.

A primeira onda, como referido, fundao feminismo liberal. Neste período (século XIX, especialmente na Inglaterra) o feminismo baseava as suas reivindicações na luta pelo reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos. Essa onda tem como marca distintiva a luta pela afirmação política da igualdade entre homens e mulheres, uma luta que se orienta, fundamentalmente, pela reivindicação do direito ao voto e a pela ampliação do acesso das mulheres aos universos da educação formal e do mercado de trabalho. A segunda onda é caracterizada, inicialmente, pelo questionamento generalizado dos papéis sociais atribuídos ao gênero feminino – que, na época, eram considerados atribuições biológicas ou naturais às mulheres (BEAUVOIR, 1980). A segunda onda também é conhecida por instituir certa polarização entre o masculino e o feminino, na expectativa de evidenciar a disparidade de poder existente entre os sexos, principalmente no que diz respeito ao Estado, entendido como instrumento de dominação masculina[11]. Trata-se de uma onda ligada aos feminismos materialistas ou, noutra dicção, marxistas[12], que buscam constituir políticas e assegurar direitos relacionados à temática do 'empoderamento feminino', desde uma perspectiva coletiva. São pautas típicas desta onda, por exemplo (ALIMENA, 2010, p,19-25), o direito ao planejamento familiar e o acesso ao aborto, o debate público sobre violências domésticas e sexuais, etc..

---

10 Quando falamos em ondas fazemos alusão a um movimento constante de ir e vir, no qual a onda anterior não supera a posterior, misturando e confundindo-se no fluxo contínuo das marés. Essa analogia é utilizada por diversas autoras para definir a teorização feminista, no presente trabalho nos valeremos da classificação adotada por Carla Alimena (2010).

11 Quando falamos no Estado enquanto instrumento de dominação masculina na segunda onda feminista, damos destaque aos *slogans* "o pessoal é político", que faz menção principalmente à questão da violência doméstica contra a mulher e "liberação das mulheres", que remete às questões da separação/divórcio, uso dos métodos contraceptivos, etc. Ou seja, há uma dominação masculina pelos aportes estatais e legais, que perpassa desde a não interferência nas questões de violência intrafamiliar até a forma "culposa" no divórcio. Essas posições colocam a mulher em um lugar de subalternidade no tratamento jurídico-legal (FARIA; NOBRE, 1997, p. 48).

12 Quando dizemos que a segunda onda está ligada ao feminismo marxista trata-se da comparação da 'objetificação' da sexualidade feminina dada por uma dominação pelo patriarcado com a apropriação da força de trabalho pelo capitalismo.

A terceira onda, como dito anteriormente, incorpora como objetivos de luta das mulheres questões interseccionais relacionadas a temáticas étnicas, raciais, etárias, etc[13]. O feminismo da terceira onda passa a dar conta, deste modo, de outros recortes, focando-se mais no gênero do que na mulher, e introduzindo debates sobre não-binariedade. Essa problematização decorre de uma tentativa de desnaturalização da categoria "mulher" (BEAUVOIR, 2009), tentativa que ganha maior ímpeto a partir dos escritos de Judith Butler, autora cujo pensamento coloca em xeque a construção naturalista dos gêneros, bem como sua circunscrição exclusiva no âmbito dos signos feminino e masculino.

Não por outra razão, a terceira onda feminista lançará mão, em larga medida, da chamada teoria *queer*[14], a qual aduzirá que as distinções existentes entre os gêneros estabelecem-se a partir de atos essencialmente performativos. Neste sentido, gênero e sexo deixam de ser considerados como dados naturais estanques, para passarem a ser concebidos como papéis socialmente construídos, papéis cuja complexidade transcende as estruturas binárias e dicotômicas já denunciadas pelas teóricas da segunda onda feminista (BUTLER, 2003, P. 209).

Outro conceito que marca presença na bibliografia feminista contemporânea é o de "interseccionalidade". Embora o emprego deste conceito não constitua unanimidade no âmbito das discussões teóricas feministas, não se pode olvidar que questões relacionadas ao reconhecimento da diferença perpassam a luta feminista. Muitas autoras[15] defendem, no entanto, que o reconhecimento das diferenças pressupostas pelo paradigma da interseccionalidade enfraquecem o movimento feminista, razão pela qual defendem que a principal preocupação das feministas deve estar focada na identificação e denúncia das assimetrias de poder existentes entre os gêneros. Não obstante, pensando a respeito da segunda e da terceira onda feministas, que tecem uma crítica ao "feminismo branco", e atentando também àquilo que podemos chamar de "feminismo pós-colonial" (PISCITELLI, 2008), é importante ressaltar que marcadores sociais da diferença, tais como: raça, classe, localidade e religiosidade, operam como fendas que recortam e modelam as várias formas de violências baseadas na temática de gênero.

Ao pensarmos a diferenciação de gênero tão somente sobre a perspectiva binária masculino-feminino, acabamos por reduzir a complexidade das articulações entre os diversos marcadores sociais da diferença. As intersecções entre violências macro e micropolíticas que perpassam os indivíduos nas sociedades contemporâneas sem dúvida modificam e, na maior parte das vezes, potencializam as opressões e as violências de gênero – que, dessa feita, se imbricam com violências de tipo racial, de classe, geracionais, dentre outras. Assim, os discursos feministas de primeira, segunda e terceira ondas, mobilizados como instrumentos que visam à concretização do ideal democrático da equidade, não podem se distanciar das reivindicações protagonizadas por outros sujeitos políticos. Pelo contrário, delas deve se aproximar recorrentemente, dado que todas essas violências interagem entre si.

Evidente que o aparato teórico e o conjunto de manifestações e reivindicações feministas não se esgota nos desenhos até aqui traçados. No seio dos coletivos e das pautas feministas, diversas são as vozes destoantes que perpassam pelas ondas e que são encadeadas pelos mais diversos prismas de entendimento e compreensão dos fenômenos de dominação masculina[16]. Definir uma 'essência

---

13 Importante ressalvar que o movimento de mulheres negras, nos Estados Unidos, já era percebido desde a década de 70 (CALDWELL, 2000).

14 A palavra *queer* pode significar estranho, excêntrico, fora do lugar, ridículo. Pode também ser uma expressão pejorativa para designar sexualidades não heterossexuais. Os estudos *queer* ressignificam a expressão pejorativa, questionando ordens de sexo, gênero e sexualidade. (RODRIGUES, 2005.p.180).

15Exemplo dessa posição é a opinião de Joan Scott (1988).

16 Existem muitas outras teorizações sobre a dominação masculina, as quais problematizarão a questão partindo da filosofia, da psicanálise, das teorias sobre linguagem e sobre poder, dentre outros. Apenas com a finalidade de situar nossa interpretação plural, registramos aqui alguns autores que balizaram nosso pensamento: FOUCAULT, Michel. História da sexualidade 2 – o uso dos prazeres. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984;

feminista' ou um conceito de feminismo é uma ação pretenciosa e reducionista. No entanto, ainda que inesgotável a pluralidade de ideias, existem pautas que permeiam o movimento e despontam como constantes na agenda feminista.

Podemos situar como algumas dessas pautas a reivindicação por igualdade de direitos; a representação na arena política; a igualdade nas relações de trabalho; a ascensão a direitos sexuais e reprodutivos; a visibilidade, a contenção e prevenção à violência doméstica e ao estupro, a legalização do aborto, dentre outras. Note-se que nas pautas aqui listadas existe um clamor por legitimidade e intervenção por parte do Estado.

Desde a agenda da primeira onda o Estado se mostrou andocêntrico, machista e patriarcal, sendo alvo de muitas das pautas feministas. Nas reivindicações de primeira onda o Estado desconsiderava as mulheres enquanto sujeitos de participação na arena política (ALIMENA, 2010, p. 20); ao pensarmos na secunda onda, podemos perceber o Estado como reafirmação do patriarcado (ANDRADE, 2012, p. 140) e, na terceira onda, o Estado pautando a repressão do feminino perante a definição da lei, por meio de uma interpretação binária dos sexos (BUTLER, 2003, p. 19). As pautas têm, dessa forma, buscado seu lugar na ordem estatal estabelecida, buscando equidade em uma reestruturação institucional. Assim, os feminismos traçam, ao mesmo tempo, uma contradição a um modelo estado-lei-opressor e uma intenção de representatividade dentro deste mesmo Estado.

3 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: POSSESSÃO E CONTENÇÃO DO FEMININO.

Feito o recorte das principais pautas feministas, passamos a pensar como o Sistema de Justiça Criminal tem se portado em relação ao tratamento da mulher, tanto na sua aplicação repressiva, bem como na sua atuação protetiva. Para isso, apresentaremos um panorama sobre o trato dado à mulher enquanto sujeito ativo de delitos – desde a perspectiva da condenação até a perspectiva do tratamento prisional, bem como, discutiremos o tratamento jurídico-penal de proteção à mulher, enquanto vítima.

Como bem têm demonstrado os estudos oriundos da Criminologia Crítica (CAMPOS; BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 14), o sistema prisional trata-se de um espelho, que tende a refletir a realidade – em especial as desigualdades – apresentadas na sociedade da qual se origina. Assim, o que se pode visualizar é a penalização das camadas mais débeis da sociedade, ou seja, aquelas já excluídas por não fazerem parte da lógica do consumo. Aí se vislumbra o caráter seletivo do Direito Penal, o qual elege "as pessoas, quer para criminalizá-las quer para vitimizá-las, recrutando sua clientela entre os mais miseráveis" (ESPINOZA, 2002).

Apesar do encarceramento feminino contar com percentual estatisticamente inferior ao masculino[17], tal seletividade se faz presente também em sua realidade. Além disso, no que se refere à espiral estigmatizante (BECKER, 2008, p.42-44) oriunda do ingresso no sistema prisional e aos sofrimentos no cárcere, o aprisionamento feminino tende a ser mais doloroso, quando comparado ao masculino, tendo em vista as diferenças biológicas entre os sexos e a característica patriarcal da nossa sociedade (ESPINOZA, 2004, p. 122-123).

Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face de uma cultura patriarcal socialmente arraigada, carrega o rótulo de "criminosa", bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero

---

HARDING, Sandra G. Feminism and methodology: Social science issues. Indiana University Press, 1987; DE BEAUVOIR, Simone. O segundo sexo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

17 A população carcerária feminina, no Rio grande do Sul, representa 6,5% do total de indivíduos cumprindo pena nos estabelecimentos prisionais do estado, ou seja, um total de 1.447 detentas. (Dados obtidos através de relatório gerado pelo Departamento de Planejamento da SUSEPE atualizado em 11/09/2013. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=244>. Acesso em 14 set. 2013.).

masculino. Esses estereótipos são atribuídos tanto socialmente como juridicamente, sendo recorrentes nos textos das sentenças condenatórias, nas avaliações psicossociais das instituições de cumprimento de pena, etc (PEREIRA, 2012).

Esses preconceitos estão presentes desde o determinismo Lombrosiano, que defendia que as mulheres delinquiam em menor escala que os homens por fatores unicamente biológicos, sob o argumento de que estas teriam evoluído menos, não estando aptas a realizar os desafios que o crime lhes exigiria. Já Freud acreditava que a criminalidade feminina consistia em um complexo de masculinidade, uma vez que as atitudes agressivas e as condutas desviantes eram características da psique masculina (LEMGRUBER, 1999. p. 2), reforçando a sensação de perda da feminilidade.

Além disso, o encarceramento feminino é revestido de inúmeras peculiaridades que majoram o sofrimento das mulheres que a ele são submetidas. Ao adentrar no aparelho prisional, a mulher passa, por exemplo, a carecer de atenção médica especializada, levando-se em consideração que a maior parte das casas penitenciárias da América Latina não contam com atendimento ginecológico ou obstétrico. Não obstante tal falta de cuidado, diversos estabelecimentos prisionais não possuem recursos humanos suficientes, tendo que, por muitas vezes, valer-se de contingente masculino para exercer as funções operacionais da casa, deficiência que proporciona uma maior vulnerabilidade, por parte das detentas, à ocorrência de abusos sexuais (ANTONY, 2007, p.83).

A situação agrava-se em relação à questão da maternidade durante o cumprimento da pena, circunstância que apresenta uma série de fragilidades ignoradas pelo ordenamento penal. Dentre elas, podemos ressaltar que, quando estas mães adentram nas penitenciárias, possuindo filhos de menor idade, acabam afastadas destes, muitas vezes pelo preconceito de suas famílias, que hesitam em levá-los para visitação e não raras vezes por falta de condições para recebê-los, por parte dos estabelecimentos prisionais (OLIVEIRA, 2003 , p. 165).

Em relação às atividades laborais ofertadas, o que se vislumbra massivamente são serviços de tapeçaria, lavagem de roupas e artesanato, reforçando o papel submisso da mulher na sociedade e, ao contrário do se espera, não dando a essas mulheres condições de manter-se, durante a vida extramuros, de forma independente, através dos trabalhos ensinados no cárcere (LEMGRUBER, 1999, p. 135-146). Esse modelo acaba infantilizando as mulheres, impondo-as a uma condição de dependência e incapacidade de tomar decisões[18].

No cenário carcerário atual, o que se vislumbra é a massiva participação feminina em delitos ligados ao tráfico de entorpecentes. A sociologia tende a correlacionar a entrada da mulher no tráfico com fatores sociais, tais quais "o desemprego feminino, baixos salários quando comparados aos salários dos homens e o aumento de mulheres responsáveis financeiramente por suas famílias"(SOUZA, 2009). Além disso, a submissão e o envolvimento afetivo fazem com que boa parte das mulheres se insira no mundo das drogas por influência de seu companheiro (PIMENTEL, 2008, p. 2).

Considerando-se que, como exposto, o delito de maior incidência entre a população carcerária feminina é o tráfico de entorpecentes, é fundamental problematizarmos que a maior parte das análises do fenômeno indicam a mulher que pratica delitos como 'masculinizada' ou como 'mula' (aquela que leva droga para dentro do presídio pautada por vínculos afetivos).Deste modo a mulher que delinque é sempre a sombra ou a projeção do masculino, revelando, assim, mais uma vez o papel de dominação masculina que é relegitimado pelo sistema de justiça criminal.

---

18 Em relação a esta institucionalização, importante salientar o pensamento de Goffman a respeito das consequências causadas pelo confinamento em instituições totais, tais quais as prisões: "Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo, o que já foi denominado desculturamento ou destreinamento - que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária." (GOFFMAN, 1974, p. 23).

Ao pensarmos no tratamento da mulher vítima, essa reafirmação de uma cultura machista também exsurge no tratamento jurídico-penal. Muito embora a Lei Maria da Penha (que nos serve como marcante exemplo) traga um arcabouço de medidas de proteção que não deveriam se esgotar no trato penal, a força centrípeta punitiva sequestra as demais medidas, sendo as sanções penais os dispositivos mais aplicados. Nessa seara, quando este sistema opressor, androcêntrico e machista tem de atender a uma mulher violentada, tende a revitimiza-la - e mais – costuma rotular seu tratamento por meio dos estereótipos patricarcais arragaidos, tais como o de vítima ideal (que será aquela mãe de família, ou boa moça). Nessa ótica, tanto nos casos de violência doméstica, como nos casos de violência sexual, o Estado-penal só considera merecedoras de tutelas aquelas que preenchem estereótipos de gênero pré-definidos (CASTRO; AZEVEDO, 2014).

Ainda sobre a questão da violência intrafamiliar, nota-se que o Sistema de Justiça Criminal não acolhe a questão social que envolve a maior parte das violências contra a mulher, não conseguindo perceber que por trás de uma representação judicial muitas vezes se oculta uma relação de subalternidade, dependência e pressão que permeia a maior parte dos relacionamentos conjugais em um modelo social machista-opressor (MELLO, 2012). Por conseguinte, o sistema penal mostra-se como ferramenta de reafirmação da masculinidade opressiva, além de perpassar as questões de interseccionalidade, sendo seletivo e (re)estigmatizante na atuação sobre marcadores sociais da diferença, que como dito, possuem diversas imbricações com os marcadores de gênero.

4 O QUE ESCONDE A DEMANDA PELA TUTELA PENAL?

Cabe esclarecer, à vista dos argumentos concatenados anteriormente, que este trabalho adota enquanto referente empírico de análise a demanda feminista por criminalização e não o movimento feminista "per se". Essa opção metodológica encontra fundamento na conhecida crítica elaborada por Ernesto Laclau às abordagens sociológicas que reivindicam a utilização da noção de "grupo" como unidade primária de análise da realidade social. Para Laclau, essa escolha resvala numa espécie de individualismo metodológico, na medida em que, por intermédio dela, o pesquisador tende a estabelecer, "a priori", hipóteses arbitrárias sobre os contornos da identidade política cujo sentido ele próprio busca conhecer. Visto que as coisas são assim, para conhecermos algo sobre a identidade político-criminal de um determinado grupo social – em nosso caso o feminismo – precisaremos, primeiro, na esteira do esforço levado a efeito por Laclau, "dividir a unidade do grupo em unidades menores" (LACLAU, 2013, p. 25), ou seja, precisaremos avaliar o teor de demandas concretas enunciadas por sujeitos concretos que assumem para si essa ou aquela identidade política. Visto, destarte, que a identidade política - enquanto totalidade - resulta da articulação das demandas que buscam da identidade de um grupo social se esgota nas articulações das demandas políticas articuladas que nele se encontram albergadas, torna-se imprescindível dizer algo sobre a intrincada relação que se estabelece entre o movimento feminista e o projeto político-criminal de corte repressivista, a partir da realização de uma análise que intenta jogar luzes sobre as implicações simbólicas que resultam do alinhamento do primeiro às coordenadas ideológicas pressupostas pelo segundo.

Uma primeira implicação negativa que decorre da expectativa de extração de uma utilidade política emancipatória do aparato jurídico-penal, pelo feminismo, pode ser identificada na medida em que nos permitirmos pensar a questão a partir do trabalho de dois autores que buscam pensar a realidade politico-democrática (da qual certamente a política criminal é parte constituinte), a partir afetos[19] que inspiram a tomada de certas atitudes políticas que, por sua vez, sustentam todo um complexo de relações de desigualdade e opressão.

---

19 Para o autor, o conceito de afeto, comumente marginalizados pela Razão numênica que inspira o pensamento político contemporâneo, alude, diretamente, a todas aquelas injunções psíquicas que, mesmo situadas no plano

A primeira das teses a ser escrutinada será aquela proposta por Vladmir Safatle (2015). Na obra "O circuito afetos", o filósofo refletirá, com arguta sensibilidade, acerca da política contemporânea tomando como ponto de partida a investigação dos afetos que por ela são mobilizados. Partindo da análise do contratualismo hobbesiano[20,] o autor afirmará (sem, contudo, causar grande surpresa para aqueles que se dedicam ao estudo da criminologia crítica) que o medo, como espécie de injunção psíquica fundamental, constitui, na atual quadra histórica, o afeto político central, o significante-mestre[21] que disciplina e organiza um número bastante extenso de relações sociais, principalmente aquelas que dizem respeito à produção das normas jurídicas (SAFATLE, 2015, P. 18). Com efeito, ao transplantar as reflexões de Hobbes para a contemporaneidade, Safatle assevera, a nosso ver com razão, que em razão do medo de serem despossuídos de seus predicados constitutivos[22], os indivíduos têm aceitado subordinar - mesmo em um ambiente de consagração do ideal democrático - as suas mais elementares liberdades aos interditos estatuídos por uma autoridade central forte, aparentemente garantidora da ordem e da segurança comuns, cuja legitimidade, nestes termos, quase nunca é questionada (SAFATLE, 2015, p. 63).

A tese sustentada por Safatle, no bojo da referida obra, faz-nos recordar da impressionante atualidade da teoria política hobbesiana que, mesmo diante da atual conjuntura política[23], logra explicar, de forma bastante precisa, as regressões securitárias que caracterizam a política criminal brasileira, que, por sua vez, segue impassível - apesar da grave e profunda crise de legitimidade - num franco movimento de expansão graças, sobretudo, às aspirações punitivas manifestadas, nas últimas décadas, por um conjunto bastante específico de atores sociais, dentre os quais se destacam as próprias feministas (KARAM, 1996, p. 78).

Ao referir ser necessário repensar a organização social a partir de um novo circuito de afetos ordenado não mais pelo medo, mas sim pelo sentimento de desamparo, tal como preconizado por Freud em "Inibição, sintoma e angustia[24]" (2014), o filósofo propõe a abertura de campo inteiramente novo de análise que, a nosso juízo, é particularmente útil, tanto para a criminologia crítica como para a teoria feminista (SAFATLE, 2015, p. 68). Alguém, no entanto, poderia objetar o empreendimento

UNILASALLE CANOAS-RS

do inconsciente, são capazes de mobilizar indivíduos a se engajarem, concretamente, tanto no cumprimento como no descumprimento de determinadas normas sociais (SAFATLE, 2015, p. 48).

20 A leitura dessa assertiva fica mais clara se pensarmos no clássico aforismo "bellum omnium contra omnes", utilizado por Thomas Hobbes a fim de justificar a necessidade de submissão do individuo ao jugo do soberano: "a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da vontade recíproca que os homens teriam uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros" (HOBBES, 2002, p. 28).

21 O termo, oriundo da psicanálise lacaniana, visa a nomear aquele elemento discursivo particular que, ao assumir uma espécie de função estruturadora universal no interior de um certo campo discursivo, passar a representar "a palavra de ordem, o momento de corte histórico e de constituição de uma nova ordenação simbólica do discurso" (LACLAU, 2015, p. 38).

22 A noção de despossessão, tal como é utilizada por Safatle, parte das considerações críticas elaboradas por Judith Butler ao "individualismo possessivo", assim considerado o traço característico do sujeito moderno que, autoproclamado plenipotenciário, é dotado de uma incapacidade fundamental: a de reconhecer-se no Outro, muito embora seja este, e não aquele outro, a condição de possibilidade sem a qual se coloca em risco a formação da identidade do Eu psicanalítico (BUTLER, 2015, p. 106).

23 Ainda que Hobbes não possa ser considerado um teórico liberal, tendo-se em vista à sua ode a soberania, suas análises representam, ainda hoje, valiosas lições que permitem a elaboração de reflexões frutíferas acerca dos modos pelos quais se manifesta, contemporaneamente, a retórica institucional responsável por guindar o Estado à condição de reduto de proteção do indivíduo contra a morte violenta decorrente da guerra de todos contra todos (RIBEIRO, 1989, p. 72).

24 Nessa obra, Freud não se contenta em descrever o desamparo como um estado inicial afetivo de impotência a ser ultrapassado no processo de maturação individual. Como bem nota Safatle, o desamparo, em Freud, "passa da condição de 'dado biológico originário' [decorrente da angustia demonstrada pela criança ao ser afastada da mãe pelo interdito representado pela autoridade paterna] para uma 'dimensão essencial, própria ao funcionamento psíquico'" (SAFATLE, 2015, p. 68). O sentido de desamparo, nestes termos, deve ser compreendido como "condição de estar sem ajuda possível".

proposto pelo autor ao questionar em que medida a substituição de um afeto negativo por outro (e.g. o medo pelo desamparo) poderia inspirar a prática de ações políticas radicais, prenhes de positividade, isto é, imbuídas de uma força efetivamente transformadora das relações de desigualdade e opressão (SAFATLE, 2015, p. 73). Ciente da contradição (apenas aparente) que se inscreve no interior da sua proposta filosófica, Safatle vai esclarecer que o sentido de desamparo que anima o seu projeto filosófico não se confunde, em absoluto, com a condição de resignação individual diante de uma situação de vulnerabilidade. Na realidade, o sentido por ele adotado deriva, como mencionamos anteriormente, da psicanálise freudiana, razão pela qual assume uma conotação bastante específica: representa, com efeito, uma espécie de condição fundamental para a emancipação social cuja assunção permite ao indivíduo liberar energias libidinais até então reprimidas pela aflição resultante daquele medo – por nós referido anteriormente – da despossessão dos predicados constituintes do Eu (FREUD, 2014, p. 116; BUTLER, 2004, p. 22). Essa liberação, escreve Safatle, incide diretamente sobre a dinâmica dos processos de (re)produção de identidades políticas, já que ao compreender-se desolado, isto é, sem condição de ajuda, o indivíduo vê-se diante da possibilidade – de fato emancipatória – de romper com um ciclo vicioso nutrido uma série de demandas de cuidado que o submetem/aprisionam às disciplinas instituídas por um conjunto de figuras protopaternas de autoridade, que, por sua vez, se valem do medo como uma espécie de motor da coesão social, como uma espécie de dispositivo de governo, no sentido agambeniano do termo[25] (SAFATLE, 2015, p. 68).

Colocada a questão deste modo, a negação do desamparo e da insegurança ontológica por ele suscitada terminará por submeter o indivíduo àquilo que Safatle vai chamar de "lógica neurótica das narrativas reparadoras" (SAFATLE, 2015, pp. 21-22), compreendida, aqui, a partir da tendência que instaura: o esvaziamento do potencial político criativo dos indivíduos em virtude da sua adesão a um conjunto de metanarrativas sociais pautadas, como dissemos, por demandas de cuidado cujo efeito imediato, escreverá Safatle, consiste na convalidação de um complexo de relações, organizações e discursos que - em nosso caso - ao serem gestados no interior do sistema de justiça criminal, são dotados ou ao menos atravessados por uma racionalidade que para além de racista é também androcêntrica e sexista[26] (SAFATLE, 2015, pp. 21-22; LARRAURI, 2007, P. 59). Eis o ponto a ser ressaltado. Ainda que sob o ponto de vista empírico não seja possível atribuir às demandas punitivas oriundas do feminismo a responsabilidade pela continuidade do aprisionamento massivo registrado nas últimas décadas, é possível constatar, desde já, as implicações simbólicas negativas e, de certa forma, contraditórias, que resultam do seu alinhamento à hegemonia punitiva heteronormativa (CAMPOS; CARVALHO, 2012, p. 165). Com efeito, os afetos políticos que se inscrevem nas demandas feministas de corte criminalizador: o medo da continuidade e do agravamento da violência contra a mulher e a esperança da sua solução pela via da intervenção jurídico-penal, demonstram claramente que a luta feminista, ao menos na sua frente político-criminal, se encontra presa a um regime de expectativa, no qual demanda pela tutela penal cria - ainda que por via obliqua - as condições necessárias para a refundação da autoridade patriarcal do sistema de justiça criminal

25 A forma pela qual a política criminal brasileira foi construída nas últimas décadas, isto é, a tendência de apelo ao significante "Justiça Criminal" como forma preferencial de enfrentamento da conflitividade social, constitui prova cabal da validade deste argumento (PASTANA, 2009, p. 55).

26 Caberia ilustrar a pertinência do argumento invocando, no ponto, aquela que talvez seja a mais destacada lição que nos foi legada por Louk Hulsman: "[...] chamar um fato de 'crime' significa excluir de antemão todas essas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo – o estilo punitivo da linha sócio-estatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de 'crime' significa se fechar de antemão nesta opção infecunda" (HULSMAN, 1993, pp. 100-101). Neste sentido, não nos parece constituir um exagero afirmar que o apelo sistemático a aparato punitivo estatal como forma preferencial de resolução dos conflitos abarcados pela temática da violência contra a mulher, contribui, sobremaneira, para dispersar os esforços relacionados à busca por alternativas concretas ao modelo de intervenção penal.

(ANDRADE, 1997, p. 48). Se este raciocínio é verdadeiro, então há de se reconhecer que toda "conquista" legislativa que visa à consagração do devir emancipatório feminino através do recurso à tutela jurídico-penal suscita uma situação no mínimo paradoxal, a partir da qual demandas por proteção passam a ser endereçadas a um conjunto de instituições que, nas últimas décadas, foram notabilizadas, nos cenários nacional e internacional[27], por serem responsáveis direta ou indiretamente, por ação ou omissão, pela consolidação de um estado de coisas caracterizado pela permanente violação de direitos humanos.

Através desta crítica, não pretendemos, em absoluto, olvidar da legitimidade dos movimentos sociais para reivindicarem a edição de leis que tenham por objetivo combater e dar visibilidade às violências por eles historicamente suportadas[28]. Antes pelo contrario. A intenção da crítica ora formulada consiste, muito simplesmente, em alertar para as implicações políticas que decorrem do ato de apelo às instituições do sistema penal. Entre as várias consequências possíveis que resultam dessa aproximação, enfatizamos aquela que, nos parece, deveria ser avaliada por todos os que optam pela invocação da Justiça Criminal penal como instrumento preferencial de afirmação das lutas feministas contra as violências praticadas contra as mulheres: a capacidade de expandir e reinventar a legitimidade das agências de controle penal.

Como referimos anteriormente, ainda é possível refletir acerca das consequências políticas que decorrem do atrelamento do pensamento feminista à discursividade jurídico-penal, a partir de uma lente teórica ainda pouco explorada no âmbito do debate criminológico contemporâneo: trata-se da perspectiva teórica preconizada tanto por Chantal Mouffe como Judith Butler, autoras que irão propor encarar o feminismo não mais como um movimento voltado à construção de uma comunidade política de mulheres (enquanto mulheres) a partir do estabelecimento de uma série de distinções binárias e dicotômicas entre os universos simbólicos: "feminino" e "masculino", mas, antes, como uma luta democrática dedicada ao reconhecimento do direito à igualdade por parte de todas as subjetividades que optam pela assunção da identidade de gênero feminina[29] e, mais especialmente, à desconstrução30das relações de poder através das quais a categoria "mulher" é mobilizada de modo a implicar a sua subordinação e opressão.

UNILASALLE RS CANOAS-RS

---

27 A propósito disso, cabe destacar que tanto no Relatório final da Comissão Nacional da Verdade (2014) como naquele publicado pela Human Rights Watch (2015-2016), as autoridades brasileiras foram instadas, com veemência, a formularem, com absoluta urgência, políticas alternativas ao encarceramento em massa levado a efeito nas últimas décadas. Em ambos dos documentos, o sistema prisional brasileiro, ao ser lembrado como terceiro maior sistema prisional do mundo, é retratado como local de múltiplas e sistemáticas violações de direitos humanos. Para futuras análises, os relatórios se encontram disponíveis em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf; https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/brazil.

28 Seria preciso notar, no ponto, que a própria Lei Maria da Penha consubstancia um exemplo bastante profícuo de legislação que propôs empreender transformações estruturais (e não meramente pontuais) junto à realidade social sobre a qual incide. Ao romper com a tautologia do discurso jurídico-penal, a Lei Federal n. 11.340/06 dispensou um enfrentamento interdisciplinar à temática da violência contra a mulher por intermédio da criação de um conjunto de políticas extrapenais. A análise dessas políticas pode ser conferida em CAMPOS & CARVALHO (2012).

29 A autora adverte, contudo, que a busca pelo reconhecimento da igualdade das mulheres não deve ser entendida como uma "luta para realizar a igualdade de um grupo empírico definível" (MOUFFE, 1996, P. 119). Assim como Judith Butler (1998), Mouffe sugere que ao pretender-se universal, a categoria "mulher" torna-se excessivamente normativa e tendencialmente excludente, já que passa a ignorar a necessidade de enfrentamento de outras ralações de poder (e.g. como as relações de classe e de raça) que definem hierarquias e que consagram privilégios sociais.

30 A expressão "desconstrução" assume, no âmbito deste escrito, o sentido expresso pelo pensamento de Jacques Derrida. A propósito das potencialidades analíticas implicadas na adoção do referido método filosófico de investigação, a historiadora e feminista norte-america Joan Scott esclarece que: [...] desconstruir significa analisar operações da diferença nos textos e as formas nas quais os significados são trabalhados. [...] Revela a interdependência de termos aparentemente dicotômicos e como seu significado se relaciona com uma história

O manejo da proposta teórica formulada pelas autoras coloca, no entanto, algumas dificuldades, sobretudo em função da necessidade de serem elaboradas algumas notas preliminares acerca dos pressupostos epistemológicos que fundamentam as sua análise política. Em sendo assim, as próximas linhas tomarão por base os argumentos constantes do ensaio intitulado "Feminismo, cidadania e política democrática radical" (1996), texto no qual Chantal Mouffe procura refletir acerca do modo como crítica filosófica ao essencialismo[31] pode contribuir para a compreensão do propósito das lutas feministas no âmbito de um projeto democrático radical[32]. As conclusões referendadas pela autora, no âmbito o mencionado estudo, serão de grande valia na análise das implicações políticas negativas que decorem do apelo ao sistema penal pelo movimento feminista, sobretudo na medida em que permitirão afirmar que a discursividade feminista, emancipatória por excelência, não é compatível, sob o ponto de vista ideológico, com um sistema jurídico-normativo cujas práticas internas são, em larga medida, animadas por um "ethos" machista que (re)produz, historicamente, relações do tipo contra as quais o movimento feminista, por princípio, se opõe.

O primeiro pressuposto analítico a ser perscrutado no interior da ontologia política preconizada pela politóloga belga, diz respeito à identificação do solo epistemológico sobre o qual se assentam as suas próprias reflexões acerca do feminismo contemporâneo. Rigorosamente, o pensamento político de Chantal Mouffe se inscreve no interior da corrente de pensamento intitulada pós-estruturalista[33](MOUFFE, 1996, p. 105). Como esclarece a Mouffe, os trabalhos alinhados a essa perspectiva teórica, embora sejam oriundos das mais diversas áreas de conhecimento, convergem no sentido da elaboração de duras críticas aos principais pressupostos filosóficos inculcados pelas doutrinas humanista e racionalista. Nestes termos, a crítica pós-estruturalista pretenderá colocar em xeque as seguintes proposições: (i) a natureza humana como realidade ontológica predeterminada; (ii) a razão como cânone universal através do qual a natureza humana poderia ser revelada, em todos os seus aspectos e dimensões; (iii) a verdade como realidade imanente passível de ser desvelada através da razão humana (MOUFFE, 1996, p. 102). Na realidade, é através da crítica aos pressupostos da doutrina filosófica do essencialismo racionalista que se poderá estabelecer uma conexão mais direta entre o pensamento político da autora e este debate que envolve a compreensão dos atuais limites do discurso feminista que se assume enquanto ideologia política voltada, única e exclusivamente, à construção de uma cidadania "feminina" baseada, sobretudo, no reconhecimento das irredutíveis diferenças existentes entre os universos feminino e masculino34. Retomando, a compreensão dessa

---

particular. Mostra-os como oposições não naturais, mas construídas; e construídas para propósitos particulares em contextos particulares. (SCOTT, 1999, p. 208).

31 Para Mouffe, o essencialismo consiste uma das mais tradicionais doutrinas do pensamento filosófico anglo-saxão cuja proposta, em linhas gerais, consiste em sustentar a primazia da essência sobre a existência (MOUFFE, 2000, p. 21).

32 A "democracia radical" de que fala Chantal Mouffe refere-se a um projeto teórico cujas linhas mestras foram apresentadas em "Hegemonia e Estratégia Socialista" (2015), obra na qual a autora, em conjunto com Ernesto Laclau, em face da consolidação do projeto hegemônico liberal-conservador em meados da década de oitenta, concebe uma nova tarefa histórica para os movimentos de esquerda, sobretudo após o colapso do socialismo real no leste europeu: "Face ao projeto de reconstrução de uma sociedade hierárquica, a alternativa da esquerda consistiria em localizar-se inteiramente no campo da revolução democrática e expandir as cadeias de equivalência entre as diferenças lutas contra a opressão" (LACLAU; MOUFFE, 2015, pp. 263-264).

33 O pós-estruturalismo, como referente de análise que nomeia um conjunto bastante diversificado de investigações filosóficas contemporâneas, constitui-se como proposta teórica que nasce da recusa aos princípios consagrados pela tradição estruturalista, dentre os quais se destacam as ideias de "verdade", "objetividade" e "razão".

34 Mouffe recorda, a propósito do esforço levado a efeito por teóricas do feminismo em torno da construção de uma política de mulheres *enquanto* mulheres *para* mulheres, do projeto teórico referendado por Carole Pateman, autora que persegue a construção de uma concepção de cidadania sexualmente diferenciada. Para Pateman, observa mouffe, uma cidadania de mulheres *enquanto* mulheres *para* mulheres "exige que se dê significado político à capacidade que os homens não possuem: criar a vida, isto é, a maternidade" (Mouffe,

conexão, permitirá elaborar, já nas considerações finais deste escrito, uma proposição política radical que pretende funcionar, evidentemente, mais como um convite à reflexão do que como uma denúncia destituída de horizontes propositivos.

Como dissemos anteriormente, a análise política perfectibilizada pela autora, no âmbito do escrito selecionado, busca romper, na linha de outros importantes escritos sobre a questão de gênero35, com todo o tipo de análise teórica que apresenta a "mulher" como uma espécie de entidade objetiva36, transparente e predeterminada em seus sentidos. Para Mouffe, mais importante que refletir sobre a possibilidade ou não de se conceber o sujeito, "par excellence", do feminismo (v.g. uma política de mulheres para mulheres), é investigar os termos mobilizados pelos discursos que visam representar, em diferentes contextos políticos, os significados do feminino37, de modo a explicitar as formas pelas quais certos sentidos são visibilizados e outros ocultados38.

A inquietude teórica da autora naquele escrito reflete-se, sobremodo, na sua tentativa de elaborar uma noção de cidadania democrática radical que, destituída de critérios ou diferenças sexuais, pressupõe, unicamente, o engajamento do movimento feminista em outras questões que, embora não reflitam propriamente a defesa e a ampliação dos direitos das mulheres enquanto mulheres, dizem respeito à luta contra as mais variadas formas de opressão experimentadas, igualmente, por diversas subjetividades, em diversos outros grupos sociais. Colocar a questão desta maneira significa reconhecer a urgência em se adotar de outra concepção de cidadania para o feminismo, uma concepção que tratará de identificar na defesa intransigente dos princípios democráticos da liberdade e da igualdade para todos, o móbil de uma ação política comprometida com o aprofundamento da revolução democrática[39]. Não por outra razão, Mouffe escreverá:

> Uma interpretação democrática e radical enfatizará as numerosas relações sociais em que existem situações de domínio que terão de ser questionadas, caso se pretenda aplicar os princípios da liberdade e da igualdade. Indica que os diferentes grupos que lutam por uma extensão e radicalização da democracia reconhecem ter um interesse comum. Isto deveria conduzir à articulação das exigências democráticas encontradas numa diversos de envolvimentos: mulheres, trabalhadores, negros, homossexuais, ecologistas, bem como outros movimentos sociais (MOUFFE, 1996, p. 115).

1996, p. 109). Mouffe observa, no ponto, que a proposta teórica de Pateman é bastante similar àquela defendida pelas teóricas feministas autoproclamadas "maternalistas", cujo trabalho reivindica, como missão histórica do feminismo, a formulação de uma "ética do cuidado" feminina em contraposição a uma "ética da justiça", masculina por excelência.

35 BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003; SCOTT, Joan W. "Gênero: uma categoria útil de análise histórica". Educação e Realidade, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-22, 1990.

36 O conceito de objetividade alude, no ponto, a pressuposição de que a identidade feminina constitui, ela própria, uma identidade política completa, passível de ser apreendida, em última instância, pelos discursos que se propõem a retratá-la.

37 A desconstrução da categoria "mulher", explica Mouffe, não inviabiliza a luta feminista. Não se trata, com efeito, de sugerir a necessidade de abandono da categoria. Antes pelo contrário. A mulher, como personagem histórica da luta feminista, é re-significada no interior da análise proposta pela autora, deixando, assim, de constituir uma realidade objetiva, para passar a ser compreendida como uma identidade contingente e precária, que se constrói discursivamente em contextos políticos específicos e a partir do estabelecimento de uma série de articulações e coalizões com outras identidades políticas que ocupam, igualmente, a esfera pública (MOUFFE, 1996, p. 119).

38 Importante esclarecer, no ponto, que o esforço argumentativo levado a efeito por Mouffe não tem como objetivo a construção de um sentido último para o feminismo. Com efeito, na medida em que reconhece a multiplicidade e polivalência ideológica dos discursos feministas, a autora denuncia o caráter contraprodutivo de ideias baseadas na crença em torno da existência de uma "essência feminista", de uma "verdadeira forma da política feminista" (MOUFFE, 1996, p. 119).

39 Para a obtenção de uma exata compreensão acerca do conceito de "revolução democrática", consultar LACLAU & MOUFFE, 2015, p. 236.

Do argumento transcrito extrai-se, finalmente, a conclusão de que a análise das demandas referendadas pelos discursos feministas deve levar em consideração, como uma espécie de imperativo ético, o fato de que próprio movimento insere-se em um contexto político mais amplo marcado pela existência de um sem-número de relações de opressão. Dessa inferência segue-se a seguinte questão: e se as lutas feministas fossem articuladas às lutas capitaneadas por todos aqueles movimentos sociais que reivindicam o fim da instrumentalização do aparato punitivo estatal como fermenta de produção e reprodução de violências?

Acreditamos, com efeito, que a luta feminista, como um luta democrática pela despossessão dos corpos que transcende, atualmente, a questão de afirmação dos direitos das mulheres (BUTLER, 1997), deveria deixar de identificar o sistema de justiça criminal como meio idôneo de reivindicação e reconhecimento de parte de suas pautas. É que o referente criminalizador, como vimos anteriormente, representa, no Brasil, uma complexa trama de relações cuja existência depende, necessariamente, da preservação de uma estrutura de poder hierarquizada e desigual, patriarcal em última instância (ANDRADE, 1997, p. 47). O que faz das lutas feministas lutas democráticas não é apenas a busca pela "possibilidade de exigir seus direitos à igualdade com outros grupos" (LACLAU & MOUFFE, 2015, p. 272). Com base no referente 'igualdade', um grupo pode demandar, legitimamente, pelo atendimento igualitário de suas próprias demandas; no entanto, "na medida em que as demandas de vários grupos são diferentes e, em muitos casos, incompatíveis entre si, isto não leva a equivalência real alguma entre as várias demandas" (LACLAU & MOUFFE, 2015, p. 272). Essa busca pela equivalência democrática como horizonte legado pela revolução democrática - cumpre esclarecer - carece de qualquer aspiração autoritária, na medida em que não se trata - em face do reconhecimento de uma relação de equivalência entre as diversas lutas democráticas - de obscurecer a importância das especificidades constitutivas dos movimentos feministas, de sujeitá-los, pois, a uma identidade revolucionária transcendental que, segundo antigo vaticínio, seria capaz de realizar a histórica missão de emancipação. A equivalência a qual se referem os autores diz respeito à identificação de um conjunto de aspirações comuns entre diferentes tipos de identidades políticas. Com efeito, o perfil democrático dos movimentos feministas pode ser observado através da correlação de muitas das suas reivindicações com as reivindicações de outros grupos sociais igualmente marginalizados, discriminados e violados em seus direitos por um establishment punitivo40 que não é apenas machista, mas também racista, homofóbico, transfóbico, etc.. Reconhecer que as lutas feministas representam uma entre várias outras lutas democráticas contra a desigualdade e a opressão, implica dizer que, sob o ponto de vista de uma estratégia política radical, é urgente a reflexão sobre os perigos que se inscrevem, consciente ou inconscientemente, nos atos de reivindicação (e legitimação) da tutela penal. Um destes perigos, talvez o mais relevante deles, seja o gradual enfraquecimento do potencial revolucionário do movimento em face da sua identificação com a matriz do pensamento denominada por C.B. Macpherson (1962) como "individualismo possessivo". Assim, se passarmos a compreender o movimento feminista não apenas como um movimento feminino, mas, também, com um movimento democrático, abre-se a possibilidade de pensá-lo para além das suas pretensões mais elementares, tais

40Uma das mais perversas facetas da relação que se estabelece no Brasil entre o sistema de justiça criminal e as mulheres traduz-se no bojo do requerimento confeccionado pelo Grupo de Estudos e Trabalho "Mulheres Encarceradas" (GET "Mulheres Encarceradas") em coautoria com inúmeras entidades e encaminhado à presidenta Dilma Roussef com o intuito de expedição decreto para concessão de indulto e/ou comutação de penas às mulheres condenadas, com pena de até cinco anos, com base na aplicação do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06. Dentre os vários apontamentos realizados pelo GET "Mulheres Encarceradas", cumpre-nos dar destacar aquele que aponta para o aumento - registrado na última década - de 570% no número de mulheres encarceradas pelo cometimento de crimes não violentos, sobretudo o comércio varejista de drogas ilícitas. A propósito, consultar: http://www.ibccrim.org.br/noticia/14137-Mais-de-200-entidades-pedem-a-Dilma-indulto-e-comutacao-de-penas-de-encarceradas-em-comemoracao-ao-Dia-da-Mulher.

como aquelas vinculadas à conquista e à defesa de direitos políticos iguais para todas as mulheres; é dizer, reconhecer a sua democraticidade significa deixar de pensá-lo como uma espécie de espécie de mônada, significa, entrementes, enxergá-lo como uma força histórica que se ligada a um bloco de lutas mais amplo que representa a vontade de aprofundamento da revolução democrática através da ampliação radical das lutas contra as mais variadas formas de subordinação e opressão, muitas delas patrocinadas pelo próprio sistema de justiça criminal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As feministas deveriam ter consciência das limitações e dos perigos potenciais que a sua adesão ao projeto político-criminal representa, sobretudo quando passamos a considerar o movimento como um momento fundamental no interior da revolução democrática.

As demandas feministas de corte criminalizador deveriam, ainda, em seus cálculos políticos, levar em consideração que o próprio sistema de justiça criminal patrocina outras formas de opressão para além daquelas que constituem o objeto da sua luta e oposição. Por todas essas razoes, o questionamento/constrangimento elaborado por Judith Butler permanece, atual, atualíssimo: "Querem as mulheres tornar-se sujeitos com base no modelo que exige e produz uma região anterior de degradação"? (BUTLER, 1998, p.24)

REFERÊNCIAS

ALIMENA, Carla Marrone. A tentativa do (im)possível: feminismos e criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 42-49, jan. 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas Mãos da Criminologia - O controle penal para além da (des)ilusão. Florianópolis: Revan, 2012, p. 140.

ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceres femeninas en América Latina. Nueva Sociedad. Buenos Aires, n. 208, p.73-85, mar./abr. 2007.p.83. Disponível em: <http://www.nuso.org/upload/articulos/3418_1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo. In. Cadernos Pagu, n. 11, 1998, pp. 11-42.

BUTLER, Judith. Precarious life: the Power of mourning and violence. Londres: Verso, 2004.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 209.

CALDWELL, Kia Lilly. Fronteiras da diferença raça e mulher no Brasil. *Estudos Feministas*. 2000.

UNILASALLE CANOAS-RS

CAMPOS, Carmen Hein de (org.); BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 14.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-172.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In Sistema Penal & Violência. Porto Alegre. Volume 4. Número 2. Julho/dezembro 2012, p. 151-168.
C.B. Macpherson. The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke Oxford: Oxford UP, 1962.

CASTRO, H. R. C. ; AZEVEDO, R. G. . De boa moça a traficante: a criminalização da mulher pelo tráfico de drogas e o Poder Judiciário. In: V Congresso da Abrasd, 2014, Vitória - ES. Pesquisa em ação: ética e práxis em sociologia do direito, 2014. v. 1. p. 2299-2317.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 122-123.

ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias. Pelotas, v.1, n. 1, p. 35, jan./dez. 2002. Disponível em: <https://antares.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/34/33>. Acesso em: 18 jul. 2012.

FARIA, Nalu & NOBRE, Miriam. Gênero e desigualdade. São Paulo : Sempreviva Organização Feminista, 1997.

FREUD, Sigmund. “Inibição sintoma e angústia”. In: Obras completas, v. 17, São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Perspectiva, 1974.

HOBBES, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HULSMAN, Louk & CELIS, J.B. Penas Perdidas. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia, A esquerda punitiva, em Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, Rio, 1996, ed. Relume Dumará, nº1, pp. 79 ss.

PEREIRA, Larissa Urruth. Filhos do cárcere: uma análise multidisciplinar do princípio da personalidade da pena na penitenciária feminina Madre Pelletier. Canoas, 2012. 152 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Centro Universitário Ritter dos Reis, Curso de Direito, Canoas, 2012.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. Hegemonia e Estratégia Socialista: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios: Brasília; CNPq, 2015 (Coleção contrassensos).

LARRAURI, Elena. Criminología Crítica y Violencia y Género. Madrid: Trota, 2007.

LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, M. M. P.. A força simbólica da Lei Maria da Penha na construção do Princípio fundamental da igualdades nas diferenças. In: FERRAZ, Carolina; LEITE, Salomão; NEWTON, Paulla.. (Org.). Cidadania Plural e Diversidade. 1ed.São Paulo: Verbatim, 2012, v. 1, p. 73-88.

UNILASALLE CANOAS-RS

MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Trad. Ana Cecília Simões. Portugal: Gradiva, 1996.
_____. The democratic paradox. London: Verso, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A mulher e o fenômeno da criminalidade. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e Reverso do controle penal (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiuteux, 2003. V. 1, p. 165.

PIMENTEL, Elaine. Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. VI Congresso Português de Sociologia: Mundos Sociais: saberes e práticas, Lisboa, n. 708, p.2, jun. 2008. Disponível em: <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/708.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013

PASTANA, Débora Regina. Justiça Penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

RIBEIRO, Renato Janine. "Hobbes: o medo e a esperança". In: WEFFORT, Francisco (org). Os Clássicos da Política, Vol. I, Org.: Francisco C. Weffort, Ed. Ática, 1989, pp. 51-78.

RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, v.13, n.1, p.179-183, jan./abr. 2005.p.180. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2005000100012&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 jul. 2012

SAFATLE, Vladmir. O circuito dos afetos. São Paulo: Cosac Naify, 1ª ed. 2015.

SCOTT, Joan W. "Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista". In. Debate Feminista, São Paulo: Cia. Melhoramentos, Edição Especial (Cidadania e Feminismo), pp. 203-222, 1999.

SCOTT, Joan. *Gender and the politics of history.* Columbia University Press, 1988.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. Sociedade e cultura, v. 11, n. 2, 2008.

TIBURI, Marcia. O que é feminismo? Revista Cult. Blog Marcia Tiburi. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <http://revistacult.uol.com.br/home/2015/03/o-que-e-feminismo/> Acesso em: 20 mar. 2016.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2013 (1ª reimpressão da 3ª edição).

REFERÊNCIAS DOS RELATÓRIOS UTILIZADOS

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final – Recurso eletrônico. Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1). Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório final da Comissão instituída com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. 2013. 1044 p. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1.

HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2016 – Events of 2015. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/wr2016_web.pdf.

GRUPO DE ESTUDOS E TRABALHO “MULHERES ENCARCERADAS”. Requerimento “INDULTO DIA DA MULHER” (2016). Disponível em http://www.ibccrim.org.br/noticia/14137-Mais-de-200-entidades-pedem-a-Dilma-indulto-e-comutacao-de-penas-de-encarceradas-em-comemoracao-ao-Dia-da-Mulher..

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – DIREITOS HUMANOS: DIREITO DE LIBERDADE

CANOAS, 2016.

AS MULHERES NA PRISÃO E AS DORES DO APRISIONAMENTO

Joana Coelho da Silva[1]
Priscila Vargas Mello[2]
Dani Rudnicki[3]

RESUMO: O presente estudo objetiva verificar a quais privações as mulheres (presas e agentes penitenciárias) estão expostas ao conviverem na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP). O estudo parte da hipótese de que o cárcere promove uma série de privações tanto às apenadas quanto às agentes penitenciárias (APs), quais sejam: a privação de liberdade, autonomia, bens e serviços, segurança, dentre outras. Para tanto, adotamos o modelo de análise qualitativa e a pesquisa empírica, esta desenvolvida entre 2013 e 2015 na PFMP. As técnicas utilizadas partem da revisão bibliográfica até a realização de observações e entrevistas. Verifica-se que a privação da liberdade repercute em diferentes campos da vida dessas mulheres. Assim, as "dores do aprisionamento" não só são sentidas pelas mulheres condenadas, mas também pelas que ainda aguardam julgamento e pelas que lá trabalham. A prisão, como instituição violadora de direitos humanos que é, não escolhe suas vítimas, atinge a todas que nela se encontram, obrigadas ou por escolha própria.

PALAVRAS-CHAVE: prisão feminina. Direitos humanos. Liberdade. Presas. Agentes penitenciárias.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, elenca os tipos de penas que são adotadas pelo Brasil, dentre elas, destacamos a privação da liberdade. O referido diploma legal, no inciso XLV do mesmo artigo, aduz ainda, que a pena não passará da pessoa do condenado.

Ocorre que, a prisão é uma instituição violadora de direitos por origem. Nesse sentido, as dores do aprisionamento vão muito além da mera privação da liberdade. O cárcere não discerni suas vítimas, mas marca, oprime, maleficia todas que com ele tem contato. Sejam presas, funcionárias, familiares. Nesse sentido, apesar de os males da prisão atingirem qualquer pessoa que com ela tenha contato, nosso foco se encontra nas mulheres, especialmente, nas presas e agentes penitenciárias (APs) da Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP).

Partimos da hipótese de que o cárcere promove uma série de privações tanto às apenadas quanto às agentes penitenciárias, quais sejam: a privação de liberdade, autonomia, bens e serviços, segurança, dentre outras. Nesse sentido, objetivamos investigar a quais privações as referidas mulheres estão expostas ao conviverem na Penitenciária Feminina Madre Pelletier.

Para desenvolvimento desse estudo adotamos o modelo de análise qualitativa e pesquisa empírica. As técnicas utilizadas partem da revisão bibliográfica até a realização de observações e entrevistas. Esclarecemos que as reflexões apresentadas decorrem de pesquisas realizadas entre os anos de 2013 e 2015 na PFMP e na justiça criminal. Durante esse período os pesquisadores realizaram pesquisas sobre o acesso à justiça penal das mulheres privadas da liberdade (MELLO, 2016), para fins de verificar como as mulheres compreendiam os seus direitos frente à construção de seus processos penais, e também acerca da construção do ser agente na PFMP, de que forma a prisonização atuava sobre as agentes, e a quais privações elas estiveram expostas em decorrência do desenvolvimento do seu trabalho na instituição (SILVA, 2016). Nesse período, portanto, realizamos observações durante os atendimentos prestados pela Defensoria Pública, de audiências de instrução criminal das mulheres aprisionadas na PFMP; bem como, observamos a rotina laboral das agentes penitenciárias durante seus

1 Mestre em Direito; jocoelho.s@gmail.com.
2 Mestre em Direito; priscilavargasm@gmail.com.
3 Doutor em Sociologia; danirud@hotmail.com.

plantões na instituição. Ainda, entrevistamos um total de 28 mulheres (sendo, 14 apenadas e 14 agentes penitenciárias).

Em análise aos registros arquivados pelos pesquisadores, verificamos que numerosos apontamentos nos diários de campo não relatam apenas situações de violação de direitos humanos, mas, além disso, substancializam as dores do aprisionamento. Essas dores consistem em restrições de direitos para além daqueles que deveriam decorrer objetivamente de um decreto condenatório, isto é, trata-se de privações de direito que superam a restrição física da liberdade, atingindo a esfera pessoal das mulheres aprisionadas na Madre Pelletier, seja pelo déficit estrutural, seja pelo silenciamento imposto às experiências dessas mulheres.

Como o objeto do presente estudo são as mulheres da PFMP, especificamente, presas e agentes penitenciárias, optamos por fazer referência a todas as pessoas envolvidas utilizando os termos no feminino quando, dentre as envolvidas, encontram-se mulheres e/ou homens e mulheres. Sendo os termos empregados no masculino quando apenas homens estiverem envolvidos e quando constituem citações (diretas e indiretas) de outras obras ou de entrevistas.

Assim, partimos de uma apresentação das dores do aprisionamento e de outras privações que o cárcere promove na vida dessas mulheres. Passamos a expor como isso se reflete na vida das presas da PFMP e, por fim, das agentes penitenciárias que lá desenvolvem sua atividade laboral.

2 DORES DO APRISIONAMENTO

A prisão foi criada entre o final do século XVIII e início do século XIX, quando os detentores do poder perceberam que era muito mais vantajoso vigiar do que punir (FOUCAULT 2012, p.215). Dessa forma, a punição, não mais impingida ao corpo físico, permanece atuante através da vigilância e da docilização dos corpos. Desde o início, com o objetivo declarado de não só privar a liberdade das pessoas, mas também regenerar os criminosos, a instituição teve sua falência decretada quando junto do seu projeto surgiam críticas (FOUCAULT 2012, p.216).

Essa prisão é considerada por Erving Goffman (2010, p.16-17) como uma instituição total (IT), frente ao seu fechamento para relações sociais com o mundo externo. Local onde são realizadas as três esferas da vida (comer, brincar e trabalhar), a instituição pertence ao agrupamento dos locais "organizados para proteger a comunidade (externa) contra perigos intencionais", em que o bem-estar dos internos não possui tanta relevância quanto a necessidade de proteção da sociedade.

Sob a ótica de Gresham M. Sykes (2007, p.63-83), os presos estão submetidos a cinco espécies de privações, que constituem "as dores do aprisionamento", são elas: 1) privação de liberdade, 2) privação de bens e serviços, 3) privação de relações heterossexuais, 4) privação de autonomia e 5) privação de segurança. Para o autor, as dores do aprisionamento não se resumem a privação da liberdade física, vão muito além dela. Além de estarem restritos a um mundo encolhido, a privação da liberdade envolve uma restrição do movimento dentro das paredes da prisão. Nesse sentido, os prisioneiros estão expostos a uma perda dupla da sua liberdade, uma vez que se encontram confinados na instituição e dentro dela. (SYKES, 2007, p. 65).

Quanto à perda de liberdade, o aprisionamento envolve também uma perda de suas relações pessoais (família e amigos), classificada como uma perda emocional. A prisão, como instituição estigmatizante, marca e oprime a personalidade do criminoso, que é visto pela sociedade como alguém que não é digno de confiança, que não é moralmente aceito. Essa condenação moral do criminoso e sua consequente rejeição é considerada a "perda que mais dói" dentre as demais perdas que o cárcere promove. Ainda, ao ser despido de suas roupas usuais e de seu próprio nome, e subordinado ao uso de um uniforme e de um número que o identifique, o prisioneiro acaba se deparando com a perda do status de cidadão. (SYKES, 2007, p.66-67).

No que tange a privação de bens e serviços, apesar de alguns oficiais afirmarem que alguns prisioneiros estão vivendo sob melhores condições dentro da prisão, do que estariam fora dela, não há como se comparar o padrão de vida da prisão com o da comunidade livre. Teoricamente, os presos teriam suas necessidades materiais mais básicas atendidas, como alimentação, atendimento médico, oportunidade de fazerem exercício. Não passariam frio, nem fome. Todavia, necessitam de outras coisas que amenizem sua passagem pela instituição. A falta de recursos que vão além de uma comida equilibrada em termos de calorias e um uniforme para vestir, demonstra um empobrecimento material que é considerado, na opinião dos presos, uma perda dolorosa. (SYKES, 2007, p.67-68). Por seu estudo ser desenvolvido em uma prisão de segurança máxima em New Jersey, os presos se encontravam privados de relações heterossexuais, vez que as visitas eram realizadas por intermédio de uma grossa janela de vidro e de um aparelho telefônico. Dessa forma, alguns presos acabavam recorrendo à pornografia e a relações homossexuais dentro do cárcere. (SYKES, 2007, p.70-71).

As instituições totais são caracterizadas por terem suas atividades realizadas no mesmo local, com horários pré-estabelecidos que devem ser respeitados; e os internos as realizam sempre em grupos (GOFFMAN, 2010, p.18). Os procedimentos das ITs promovem a chamada "mortificação do eu", uma espécie de despersonalização do indivíduo, que tem sua aparência usual despida e seus hábitos alterados, é obrigado a agir como os demais internos, observando sempre o padrão de deferência obrigatória, perdendo a privacidade e a autonomia (GOFFMAN, 2010, p.24-40).

Quanto à privação da autonomia, o comportamento dos prisioneiros é controlado por uma vasta lista de regras e comandos. Com horários e caminhos anteriormente determinados, os presos em toda as suas atividades diárias controladas pelos oficiais (comer, dormir, trabalhar, etc.). Para alguns presos, esse controle frequente é considerado como irritante, suas ações dependem das decisões dos guardas, e essa restrição em sua habilidade de fazer escolhas é vista como uma das dores do aprisionamento. Ademais, grande parte das normas não fazem sentido para os prisioneiros e não há explicações para a sua execução, apenas determinações. Tal restrição promoveria, assim, um problema na identificação do preso como um adulto, vez que acaba sendo colocado em uma posição infantilizada e de desamparo, gerada por submissão de ações como: humilhação pública, decisões autoritárias, respeito forçado, deferência obrigatória, entre outras. (SYKES, 2007, p.73-76).

Os presos encontram-se ainda privados de segurança. Na opinião de um deles, a obrigação de viver com outros presos é considerado o pior aspecto da prisão. Eles veem os demais como viciados e perigosos. Ele pode ser testado com frequência pelos colegas, que atacam e exploram os presos considerados mais fracos, para ver onde podem chegar. Em caso de falhas, torna-se uma vítima vulnerável a outros ataques; em caso de sucesso, pode ser visto com prestígio pelos demais. Todavia, essa privação de segurança reflete em uma ansiedade aguda por parte do preso, que precisa lidar com as situações, com seus nervos. (SYKES, 2007, p.76-78).

No entanto, em uma prisão feminina, a essas dores do aprisionamento são somadas outras, na medida em que as mulheres são submetidas a diferentes lógicas de controle, repressão e punição. Para Andrade (2012, p.145), "(...) o sistema penal é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, regra geral, praticadas pelos homens e só residualmente feminino". Isto é, o direito penal, e o funcionamento das agências penais, mostram-se intolerantes às vivências e especificidades das mulheres aprisionadas. O resultado disso consiste em práticas que desrespeitam a autonomia das mulheres, suas histórias de vida e, consequentemente, impactam negativamente na construção do direito de defesa no âmbito do processo penal. Nas palavras de Buglione (2000, p.204):

> Ocorre que o direito adota um parâmetro de ser humano que é masculino e, como o sistema não está preparado para receber um modelo diverso daquele que compôs a sua estrutura à irritação é insuficiente para gerar mudanças funcionais; sendo assim,

> opta-se tacitamente pela manutenção do *status quo* através da exclusão dessa irritação. As normas penais e a sua execução, bem como as demais formas de controle, foram estruturadas a partir de uma perspectiva masculina que desconsidera as especificidades femininas, onerando, e em alguns casos inviabilizando, o acesso à justiça.

A relevância de se desenvolver pesquisas empíricas no campo prisional se relaciona com o desvelamento das funções reais do sistema de justiça criminal e, também, com a reflexão quanto à efetividade (ou não) dos direitos humanos deste grupo minoritário. Sabe-se que o sistema penal enfrenta sérias dificuldades em sua estruturação e, em relação às mulheres, persistem as invisibilidades de que a prisão não foi pensada a partir de suas especificidades, o que enseja o desmantelamento dos laços familiares, o abandono de seus companheiros, a resistência no exercício de sua sexualidade e a imposição de práticas para reeducação da mulher "desviada" (BUGLIONE, 2000, 2007; ESPINOZA, 2004; HOWARD, OLIVEIRA, 2006; LARRAURI, 1993; LEMGRUBER, 1999, 2001; QUEIROZ, 2015; WOLFF; MORAES, 2010; WOLFF et al., 2007; DINIZ, 2015). Todas essas questões que representam violações de direitos humanos no cárcere, enfocando abordagem de gênero, defesa processual, exercício da maternidade, percepção de benefícios assistenciais, etc., são questões que envolvem as dores do aprisionamento feminino.

Como observado por Maria Palma Wolff (2007, p.95), o ambiente prisional promove a violação de direitos humanos de todos que nele se encontram, independente do lado das grades que ocupam. Para Dani Rudnicki (2015, p.164), a questão de os presídios existirem "para se tornarem depósitos de pessoas", não se aplica apenas aos apenados, mas também aos agentes penitenciários, uma vez que estes "puxam cadeia" junto com aqueles.

3 MULHERES DETIDAS

UNILASALLE CANOAS-RS

Em relação à mulher aprisionada a primeira constatação é de que ela servirá de objeto para incidência do poder punitivo em sua medida mais perversa. Ainda que a dogmática estabeleça que "a pessoa não pode ser tratada como objeto, ser instrumentalizada pelas instâncias judiciais de atuação, mesmo sendo acusado ou condenado por uma infração criminal" (GIACOMOLLI, 2008, p.333), a inexistência de instrumentos suficientes (e capazes) de permitir que as mulheres participem substancialmente de seus processos penais (e do sistema de justiça criminal) possui efeitos para além de sua defesa, atingindo diretamente seus projetos de vida. Segundo Antony (2007, p.76, tradução nossa):

> A prisão é para a mulher um espaço de discriminação e opressão. Isso se expressa na desigualdade de tratamento recebido e no significado, muito diferente, que assume o encarceramento para as mulheres e para os homens. Sustentamos que a prisão é para a mulher duplamente estigmatizante e dolorosa ao levarmos em conta o papel social que lhe foi atribuído. Uma mulher que passa pela prisão é qualificada de mal porque violou o papel que lhe corresponde como esposa e mãe, submissa, dependente e dócil.

O fato consiste em perceber que a vivência da maioria das mulheres no sistema de justiça criminal está imbuída de silenciamento, abandono e descaso, configurando as dores do aprisionamento. Identificamos o silenciamento dessas mulheres na medida em que enfrentam sérias barreiras para construção de sua defesa processual, especialmente pelo fato de que o processo penal é incompatível com o acesso à justiça e desconsidera as vivências femininas (BUGLINE, 200; ANDRADE, 2012). O abandono e o descaso se configuram visto que a acusada recebe o ônus de submeter-se a um procedimento que privilegia a burocracia e atos processuais formais, com ela

ficando distante dos operadores jurídicos. Muitas são esquecidas por seus familiares, não recebem visitas e, por consequência, não detêm qualquer auxílio na busca de elementos que contribuam para sua defesa, além de vivenciarem o rompimento dos laços familiares e de afeto. Isto é, o processo penal, enquanto instrumento utilizado para legitimar a incidência do poder de punir, está alheio à participação efetiva da presa, pois os atos processuais e manifestações defensivas são construídos sem a sua participação (MELLO, 2016).

Em raros casos os laços familiares são mantidos e, em face disso, a mulher ré estará em situação mais privilegiada, de forma que alguém de sua família poderá auxiliá-la na construção de sua defesa, comparecendo no atendimento da defensoria pública ou buscando informações importantes. Tal constatação deriva do fato de que durante as observações do atendimento da defensoria pública na prisão, muitas mulheres recebiam orientação para pedir auxílio de suas mães, irmãs, companheiros ou outros familiares que vinham visitá-las. Além disso, quando observamos as mulheres na fila do atendimento jurídico público no foro criminal, verificamos que elas sustentavam que sua atuação era fundamental na movimentação do processo penal, pois, além de levarem documentos e prestarem informações à defensoria pública, garantiriam que seus familiares presos não fossem "esquecidos".

No entanto, ainda que determinadas mulheres aprisionadas mantivessem laços familiares e recebessem o auxílio de terceiros no desenrolar do processo penal, isso por si só não excluía a incidência de restrições para além da liberdade física. De fato, a presença de um familiar tenderia a auxiliar o trabalho da defensoria pública, mas isso, por si só, não era garantia de que o abandono, o silenciamento e o descaso seriam evitados, como será analisado ao longo deste tópico.

A mulher aprisionada na Madre Pelletier enfrenta dificuldade para apresentar informações importantes para construção de sua defesa (dados testemunhas, endereço fixo, prova de sua condição de dependência química, etc.) pela inexistência de um familiar que busque essas informações e leve ao órgão público responsável por sua defesa. Em outras circunstâncias, as mulheres são privadas de pleitear benefícios de auxílio-reclusão por que não conseguem reunir os documentos necessários para confecção dos pedidos. A competência para formular tais pedidos está atrelada à justiça federal e, tendo em vista que a defensoria pública da união não fornece atendimento semanal na casa de custódia, as presas manifestam a percepção de serem privadas desse direito. O relato de uma detenta exemplifica isso, vejamos:

> Eu sou uma reclusa sem renda nenhuma. Não tem ninguém que possa auxiliar minha filha nessa correria de buscar informações na Defensoria Pública Federal e auxiliar na distribuição de uma ação que viabilize o recebimento do auxílio reclusão e a nossa vida tá muito difícil. Às vezes, as funcionárias da cozinha me dão um pouco de café, mas fico constrangida em receber, por que existem outras presas em pior situação, não sendo justo que eu receba se tenho família lá fora que pode me fazer uma sacola.

Durante os atendimentos da defensoria pública na prisão, as mulheres se mostraram ansiosas com a análise de pedidos de liberdade ou concessão de benefícios prisionais, não pelo fato de lograrem a liberdade, mas pela preocupação com os filhos e filhas que permaneceram ao lado de fora, em regiões pobres e enfrentando dificuldades para prover o próprio sustento. Quem auxiliaria os filhos e filhas dessas mulheres? Como organizariam para prover as necessidades básicas do cotidiano? Será que possuiriam o mínimo de conforto enquanto elas estão cumprindo a pena de prisão? Essas questões eram preocupações fundamentais por parte dessas mulheres, são dilemas inerentes ao cumprimento da pena de prisão e desconsiderados pelo funcionamento da justiça criminal. Nesse sentido, questionamos a mesma apenada sobre as preocupações que enfrentava durante o cumprimento de sua pena de prisão, que nos respondeu o seguinte:

> Não tenho condições de trabalhar, minhas mãos estão inchadas, mas sigo na cozinha, isso me permite guardar um pouco de dinheiro para minhas despesas. Eu pedi ajuda à juíza para ganhar domiciliar, mas ela disse que não me enquadro em nada. A justiça é muito brutalizada, meus filhos precisam de mim, os três mais velhos têm suas famílias humildes. Agora minha filha de 17 anos está cuidando dos dois irmãos menores. Estou desesperada com o risco dela aceitar ajuda de alguém e se envolver no crime.

No mesmo sentido, é o relato de outra apenada, quando questionada sobre os motivos pelos quais permaneceu foragida durante o andamento de seu processo. Vejamos o que ela diz:

> Processo de júri é muito demorado, tem gente há dois três anos esperando julgamento. Em 2008 eles me deram uma provisória de 30 dias, me pegaram 3 novembro e me largaram dia 3 de dezembro. Dia 28 de janeiro decretaram minha preventiva. Se eu tivesse vindo em janeiro de 2009, meu julgamento foi agora em 2012. E olha em que ano nós estamos, entendeu? Por isso que eu tinha vontade de resolver, dizer ó to aqui vim me entregar, só que eu já sabia por causa do meu marido, o quanto, a quantia de tempo que demorava, como eu ia deixar meus filhos, eu não tinha ninguém. Como é que eu ia deixar meus filhos, com quem eu ia deixar? Quem ia cuidar deles? Minha mãe é morta, o meu pai é morto, meu marido ta preso, entendeu, minha sogra é doente, os meus filhos a maioria são menor de idade, eu tinha um de 7 e outro de 5, tudo menor de idade. Daqui a pouco vem o conselho e vai levar todos os meus filhos, com quem eu ia deixar pra poder ir lá me apresentar e dizer ó, to aqui, vou provar. Entendeu?

Tais dilemas são de extrema relevância para as mulheres, porém, na percepção delas, não impactam no funcionamento da Justiça. O defensor público, quando ouvia esses relatos, esclarecia às presas que tais argumentos eram insuficientes para viabilizar um pedido de soltura ou antecipar o deferimento de algum benefício para progressão de regime. Ele dizia ser muito difícil provar essa realidade. Assim, é possível perceber que o silenciamento (causado pela impossibilidade de usufruir materialmente das regras do jogo processual), o abandono (dos familiares e dos operadores jurídicos responsáveis pelo funcionamento da ação penal) e a ansiedade (causada pela incerteza quanto à (sobre)vivência de filhos, filhas e familiares) se cruzam e chancelam a violação da liberdade e da humanidade da apenada, na medida em que a ação penal será construída sem sua participação, distante do acesso à justiça penal e dos mecanismos que o constituem. Nesse sentido, também é o relato da apenada anterior, quando perguntamos se ela poderia esclarecer sua visão quanto ao processo penal:

> Tu não é explicado nada, ninguém te fala nada, tu chega lá e a tua audiência é a última e o juiz já ta por aqui, cansado. Já viu audiência o dia inteiro, verdade e mentira. Aí tu é a ultima audiência e ele olha pra tua cara e já tá de mau humor, porque ele é um ser humano, cabeça de juiz é que nem bolsa de mulher. Os juízes não são imparciais, eles são parciais. E vão muito pela mídia, pelo que tu já fez, pelo que teu marido já fez, pelo que tua família já fez, de qual família tu é, não importa, eu posso ser tua mãe, ser a Jack estupradora, ter matado quinhentos, agora não é porque tu é minha filha e que eu fui acusada de ter arranhado um, que tu também vai fazer a mesma coisa. E é assim que funciona... [...]. Tem umas polícia, têm uns juiz e uns promotor que não importa quem eles tão condenando. Não importa se tu é culpado ou inocente, o importante é mostrar pra sociedade que eles tão fazendo justiça. E a quantidade de pena que eles te dão, quanto mais tempo tu passar aqui dentro, mais saciada a sociedade fica. A sociedade acha que vai resolver o problema do mundo te botando atrás desse muro aqui, sem tu ter um colchão decente pra dormir, sem ter um sabonete, teus filhos tudo lá na rua se marginalizando.

Por conseguinte, analisamos a experiência de outra apenada. Enquanto estrangeira, cumpria a prisão preventiva sem contato com seus familiares e sob incidência dos efeitos de um atendimento

jurídico público fragmentado (a defensoria pública da união não compareceu à prisão para atendê-la). A apenada só teve a oportunidade de conversar com o defensor público federal e apresentar ao julgador e à promotora federal sua versão dos fatos na audiência de instrução, realizada quatro meses após sua prisão. Ainda que ela entendesse nosso idioma, desconhecia o funcionamento da justiça penal brasileira, enfrentava dificuldades para se comunicar com seus familiares e filho e, além disso, seus sentimentos de ansiedade, angústia e abandono se potencializam na medida em que se encontrava sozinha em um país estranho, sem receber ajuda de qualquer familiar ou pessoa de sua confiança. Como sinaliza Lemgruber (2001, p.375), a condição de mulheres estrangeiras na prisão retrata problemas muito singulares na proporção em que "[...] não estão familiarizadas com o idioma local, não entendem as regras jurídicas e prisionais, e, assim, o isolamento cultural e linguístico significa o agravamento de uma situação já repleta de dificuldades".

A vivência da apenada em relação ao seu processo penal consistiu em conhecer o advogado público responsável pelo seu processo na audiência, ou seja, o profissional apresentou a resposta à acusação sem ouvir a versão da ré sobre os fatos. Ademais, pela inexistência de familiares e pessoas de confiança disponíveis no Brasil, ela estava condicionada ao abandono afetivo e jurídico, esse último na medida em que sequer usufruiu da oportunidade de buscar testemunhas ou elementos que pudessem construir sua defesa.

Nesse sentido, poderíamos desvelar as experiências de dezenas de mulheres que ouvimos durante as observações. Os relatos, ainda que possuam suas particularidades, se identificam em muitos momentos. A preocupação das mães, ansiedade em receber notícias atuais do processo, companheiras presas por portarem drogas em face de ameaças e pressões praticadas pelos companheiros presos, dentre outras histórias. A ideia não é rotular essas mulheres como fracas ou incapazes de cometer intencionalmente práticas delitivas. Não buscamos (des)construir caracteres de uma "mulher criminosa", mas a partir de suas experiências refletir sobre seu acesso à justiça penal no contexto de um sistema de justiça criminal seletivo (ANDRADE, 2012, p.15) que, através de suas práticas, legitima o desrespeito aos direitos humanos.

O contato com as mulheres aprisionadas na Madre Pelletier nos permite verificar que as dores do aprisionamento feminino não se resumem, apenas, a privação da liberdade física, à falta de recursos materiais para cumprimento da pena (em certas oportunidades amenizado pela participação de familiares que semanalmente levam alimento, roupa ou materiais de higiene pessoal), ou privação do exercício de sua autonomia e ausência de segurança. O aprisionamento que restringe muito mais do que a liberdade física, está imerso em uma rede de relações nas quais o acesso à justiça penal está neutralizado. Isso porque o direito penal, longe de cumprir as funções de retribuição, ressocialização e proteção da sociedade contra os desviantes e contra o abuso estatal na apuração de condutas delituosas (perspectiva discutida desde Beccaria), possui uma função de controle, de contingenciamento e administração de pessoas e grupos que não se enquadram nos parâmetros vigentes e nos objetivos daqueles que detêm o poder - nesse sentido, Foucault (2012, p.53-56), Zaffaroni (2011, p.59 s/s), Batista (2012, p.89 s/s), Castro (2005, p.125 s/s) e Rusche e Kirchheimer (2004). Assim, as ferramentas disponíveis para que essas mulheres possam resistir às dores do aprisionamento estão obstaculizadas pelo exercício seletivo do direito penal, pelo costume dos operadores no desenvolvimento de sua prática profissional.

4 AGENTES ENCARCERADAS

O trabalho carcerário promove diversas privações na vida das agentes. Luiz Claudio Lourenço (2010, p.17), ao analisar a situação dos agentes penitenciários mineiros, entende que, das cinco privações elegidas por Gresham M. Sykes (referidas no capítulo 2), com exceção da privação de relacionamentos heterossexuais, todas as demais se aplicam para quem vigia os presos. Nesse sentido,

o autor referencia a privação de liberdade sobreposta aos agentes, uma vez que eles - mesmo que apenas durante os seus plantões - acabam isolados do convívio social (inclusive do contato com suas famílias). Apesar da necessidade de rigor no cumprimento do horário para iniciar o expediente, o horário de saída não recebe o mesmo tratamento (ficando este restrito à necessidade do serviço). Ainda, eles se encontram sob a constante vigilância dos presos e suas ações serão guiadas por um comportamento padrão e não conforme o que o agente pensa ser o certo a fazer, o que vai de encontro a privação de autonomia, momento em que o agente também se encontra privado de demonstrar suas emoções. (LOURENÇO, 2010, p.18).

No que tange às agentes da PFMP, seus depoimentos foram em direções opostas, algumas resistem a se reconhecerem como privadas da liberdade, justificando que ao terminar o plantão estão livres, sabem que sairão ao fim de suas vinte e quatro horas. Outras se sentem presas, mesmo que apenas durante um plantão, pois, dependendo do local em que o realizarão o contato é restrito não só com o meio social, mas também com o resto da própria prisão.

Gresham M. Sykes (2007, p.65) menciona uma espécie de "dupla perda da liberdade", no caso dos presos, sendo "a primeira, pelo confinamento da instituição e a segunda, pelo confinamento dentro da instituição". Ao analisar as falas das agentes, entendemos que existem alguns postos e situações que promovem esse duplo confinamento sob a ótica de sua privação, eis que, quando se encontram neles, permanecem isoladas do contato com o restante da penitenciária.

Verificamos, ainda, que a privação da liberdade é reconhecida mais facilmente pelas agentes que realizam quinzenas. Essas agentes costumam possuir a sensação de estar presas durante os quinze dias que estão na instituição: "Aqui sim, porque, como eu te falei aquela hora, eu não saio, principalmente, se tiver que sair sozinha. Então eu fico enclausurada. E mesmo estando na minha folga, eu fico enclausurada", afirma uma delas. Se por um lado ela não se sente bem ao sair e restringe seus passeios a idas ao supermercado localizado ao lado da PFMP, outras necessitam sair de dentro da prisão para respirar um pouco do "ar da liberdade", de forma que sair da prisão promove uma sensação de alívio, de relaxamento, retira um pouco do peso, da tensão que o ambiente promove.

Esses passeios que aliviam a sensação de aprisionamento, não resolvem todo o problema, pois a privação da liberdade das agentes, não se restringe ao "ir e vir", vai além. O contato e as relações com as famílias são também afetados. Apesar de afirmarem que a profissão foi uma escolha, as agentes que fazem quinzenas sentem a ausência da família nos quinze dias que ficam na instituição, uma vez que por morar longe, não podem retornar para sua casa nos momentos de folga.

A restrição do contato com a família é um fator recorrente dessa privação da liberdade. A preocupação com o cuidado dos filhos, a restrição das ligações telefônicas, tudo isso permeia o pensamento das agentes durante os seus plantões: "Não, eu tenho a questão do celular que isso é uma coisa assim, que como a gente tem filho pequeno, tu te preocupa um pouco, né? E que daí a gente não pode usar, né. Mas isso é uma coisa que tu tem que aprender, né? [...]", relata outra.

A intensificação da rotina de trabalho pode promover alterações nas relações das agentes, uma vez que seus familiares ficam restritos de sua companhia, o que pode gerar desgastes. A realização da quinzena resulta em uma série de restrições à execução de atividades de lazer, estudos e esportes, como afirma uma agente:

> Ah! Eu sou privada de estudar, sou privada de ter uma vida normal sabe, por isso que eu tô trocando, por isso vendi lá fora pra comprar aqui. Meu trabalho é aqui, meu normal é trabalhar um dia e folgar três. Então, aqui, quando eu tô trabalhando, eu... minha academia é segunda, quarta e sexta, uma semana eu vou estar de serviço na terça e na quinta, né? E na outra vou estar segunda, quarta e sexta, já não vou poder ir. Então, me sinto privada disso, me sinto privada de sair à noite, às vezes, sabe? Tomar um chope com alguém, sair para conversar, principalmente, minhas amigas da Brigada que eu te falei que faz muito tempo que eu não tenho contato.

Durante as quinzenas, as agentes trabalham um dia sim, outro não, isso significa que em duas semanas trabalharão em dias diferentes, não manterão um plantão de segunda, quarta e sexta por exemplo. Isso reflete em um impedimento de realizar quaisquer atividades que sejam marcadas em dias fixos. Além da questão da liberdade, a privação da autonomia também é prevista pelas agentes. Todavia, diferente da condição apresentada pelos agentes mineiros, a privação de autonomia mencionada pelas agentes durante as entrevistas, vinculada a liberdade, consiste na impossibilidade de realizar atos básicos, comuns à rotina de qualquer pessoa. Assim como referido por outra agente penitenciária durante entrevista:

> Não sei, às vezes, tu te restringe algumas coisas que tu não... de repente, assim, tu tem a liberdade de fazer em casa o que tu não pode fazer aqui, né? Às vezes, num plantão corrido, tu tá num plantão, tu não pode tomar um banho, tu não pode, sabe? Tu tem que ficar ali no plantão. Então, às vezes, tem coisas, assim, que tu não pode fazer, mas não que tu esteja privada... Porque a situação no momento não deixa, entende?

A dificuldade de ver as proibições como privações são percebidas nos relatos. Parece ser difícil para elas reconhecerem e aceitarem essas condições. Toda crítica sempre vem acompanhada de uma justificativa, de um parêntese, de uma observação. Para as agentes que ficam na instituição durante sua quinzena, os simples atos de sair e voltar durante as folgas dependem de outra colega que abra a porta para ela. Isso acaba deixando-a constrangida, ela sente que atrapalha o serviço, e, por vezes, deixa de sair da instituição para não incomodar as colegas. O que difere muito de quando está em casa e tem autonomia para entrar e sair de sua residência quando bem entender.

Assim, ações que parecem simples, como telefonar para a família, tomar um banho, entrar e sair de casa, para as agentes acabam não dependendo somente de suas vontades. A vivência na prisão é regulamentada por uma série de regras que não se restringem ao controle da vida das presas, pois acabam interferindo, mesmo que, indiretamente, na vida das agentes que ali trabalham e, principalmente, na das que ali moram durante metade dos anos de serviço.

No que tange à privação de bens e serviços, Luiz Claudio Lourenço (2010, p.20-21) aponta os serviços de atendimento psicológicos deficitários que são prestados aos agentes e a falta de oportunidade de formação do terceiro grau, enquanto ambos são oferecidos para os presos. Além disso, os agentes ficam desprovidos de todos os seus pertences pessoais, que são deixados em armários antes de entrar em serviço. (LOURENÇO, 2010, p. 20-21).

No contexto da Madre Pelletier, as agentes têm visões positivas sobre a realização dos atendimentos psicossociais na Penitenciária. A assessoria prestada às presas é vista como uma forma de contribuição para o trabalho das agentes, uma vez que a não ocorrência acarreta em problemas que irão futuramente estourar em suas mãos. A possiblidade de estudo para as detentas também é apreciada pelas APs, acompanhada da expectativa de que elas saiam de lá pessoas melhores, a ausência da oferta de um curso de graduação na instituição (como ocorreu em tempos passados) foi criticada por uma agente durante a entrevista. Assim, em nenhum momento, apontaram a prestação desses serviços para as presas de forma crítica em detrimento dos que são oferecidos às APs. Assim como, não relataram carências nesse sentido para suas vidas pessoais.

Quanto aos seus bens pessoais, as agentes possuem armários distribuídos nos alojamentos para que possam guardar objetos (roupas, roupas de cama, mantimentos, bens pessoais em geral). Mas, diariamente, chegam com suas mochilas e sacolas, nas quais se encontram outras, como produtos de higiene e beleza, e isso as acompanha aos postos. Tudo tem que ser trazido de casa. O uniforme é utilizado ou não. Quando do seu gosto, utilizam assessórios dentro dos padrões estabelecidos.

Quanto ao ambiente de trabalho, verificamos que a PFMP está deteriorada. Os postos são mobiliados com diferentes móveis, não há padrão e planejamento algum para o espaço. Percebo que foi composto por objetos disponíveis no depósito do Estado, dispensados por outros órgãos por apresentarem defeitos. Assim, na maioria dos postos há uma mesa de escritório de madeira, desgastada pelo tempo, cadeiras de rodinhas, normalmente quebradas, cadeiras estofadas com buracos ou com o estofamento remendado e outros defeitos.

Durante a observação, as agentes penitenciárias faziam questão de dizer: "Anota aí, as agentes não têm material para trabalhar, como luvas, máscaras, papel higiênico, precisam trazer de casa. Coletes e cintos estão com defeitos. As agentes penitenciárias são responsáveis pelo serviço de manutenção". Esses são exemplos da precariedade que envolve o serviço penitenciário, além da falta de efetivo. Todavia, quando questionadas, durante as entrevistas, sobre as privações que permeiam o seu trabalho, suas respostas apontavam uma espécie de conformismo ou, até mesmo, costume com a referida precariedade. Isso está relacionado com o entendimento de que se o Estado não fornece a assistência adequada para as presas, não serão as agentes que terão suas necessidades de condições de trabalho atendidas.

Os serviços de limpeza são realizados pelas presas que trabalham na área, as quais se deparam com a precariedade de materiais que o Estado fornece. Ainda, há gatos na PFMP e eles não contribuem com a manutenção do ambiente limpo, uma vez que espalham lixo, urinam e defecam nos corredores. Além disso, eles andam por toda prisão, inclusive pela cozinha, sobre os balcões em que as presas preparam os alimentos, tanto da cozinha da geral (que produz a comida das detentas), quanto da que é responsável pela elaboração da comida das presas que têm dieta especial e da cozinha das funcionárias.

A infestação de insetos é outro problema. A capela, interditada depois de incêndio ocorrido em 1990, serve de abrigo para os gatos que vivem ali. Em virtude desses animais, as pulgas proliferam. As agentes reclamam, pois há pulgas e mosquitos, principalmente, por um dos portos. "A porta que dá acesso à capela pelo posto não pode ser aberta, pois não dá para aguentar as pulgas", comenta uma delas.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Desde 2006, a insalubridade do ambiente, a falta de limpeza e de materiais de higiene eram citadas pelas agentes penitenciárias como um problema (WOLFF, 2007, p.86). No que tange aos espaços para repouso das APs, destinados aos momentos de "descanso": "Este alojamento pouco difere da estrutura prisional vivida pelas apenadas, quanto a sua localização, infra-estrutura e acomodações, fazendo com que o agente penitenciário viva, na subjetividade, uma forma de encarceramento" (WOLFF, 2007, p.85). Assim, tanto as agentes que estão em suas vinte e quatro horas de folga ou fora do seu quarto de hora, momento de descanso do plantão, encontram-se em acomodações precárias, improvisadas e semelhantes às das presas.

Para Luiz Claudio Lourenço (2010, p.21): "A falta de segurança é uma das privações mais presentes entre as relatadas cotidianamente por esses profissionais". Nesse sentido, menciona a vulnerabilidade dos agentes, que convivem com homens violentos e perigosos. Além da exposição ao risco de rebeliões, em que podem vir a serem feitos como reféns, os agentes também sofrem ameaças e assédio por parte dos detentos. (LOURENÇO, 2010, p.21-22).

Na PFMP, a insegurança está presente desde sua arquitetura. Ela é uma prisão considerada atípica, em virtude de sua construção nos moldes de um convento. Em consequência, as agentes dividem os corredores com as presas e esse contato intensificado promove um sentimento de "poder camuflado" nas APs. Elas reconhecem que as presas nada fazem contra elas porque não querem e, com o tempo, aprendem a (con)viver com esse medo, com essa insegurança. Assim, refere uma AP entrevistada, quando fala sobre a desproporção entre o efetivo de APs (dez) e o número de detentas que a casa alberga (duzentos e quarenta), de forma que as presas nada fazem contra as agentes porque não querem. Refere ainda que:

> Daí que, a princípio, eu digo que é meio que um poder camuflado, porque nós não, no mínimo nós teríamos que ser uma para uma para nós podermos dizer que tem um poder aqui dentro. Nós não andamos armadas se ela se atira em cima de mim, que tipo de poder eu tenho sobre ela? Físico? Tem muitas que tem o dobro, o triplo do meu corpo, da minha força, por isso que eu digo que é camuflado.

Quanto à questão do assédio e das ameaças, nada foi referido sobre isso nem durante as entrevistas, nem durante a observação. As agentes têm muita confiança nas relações que estabelecem com as presas, sempre referidas como baseadas no respeito mútuo. Mesmo porque, convivendo lado a lado, não há como ser diferente. Outro fator que acompanha o respeito, apresentando importância nessa exclusão ou redução do índice de medo é a questão da palavra. As agentes entendem que o cumprimento da palavra (promessa feita à presa) é fundamental para o estabelecimento de boas relações. Afirmam que o tom que se usa para o tratamento da presa será recíproco no tratamento que esta destina à funcionária.

Independente de estabelecer relações respeitosas e de confiança com as presas, as agentes precisam tomar cuidados com sua identificação na vida extramuros. Afinal, nunca se sabem quem é a pessoa do outro lado, nada impede que, apesar de não ser alguém com um problema pessoal com aquela agente em questão, ela se torne vítima simplesmente pelo fato de ser AP. Assim, as APs percebem que seu espaço é um pouco mais limitado que das pessoas comuns, evitam frequentar alguns lugares, identificarem-se como servidoras da SUSEPE e tomam outros cuidados referentes a sua segurança.

Dessa forma, assim como as presas, as agentes estão expostas a diversas privações que se apresentam em sua rotina de trabalho e se refletem em suas vidas pessoais. Como instituição violadora de direitos humanos, a prisão não respeita os direitos das presas, nem das trabalhadoras. As agentes, por sua vez, precisam aprender a lidar com essas questões que permeiam o exercício do seu trabalho, o que, por sua vez, acaba resultando em uma conformidade ou em uma acomodação com a precariedade e as privações do trabalho carcerário.

UNILASALLE CANOAS-RS

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos trazidos verificamos que as dores do aprisionamento atingem a todas as mulheres que ocupam o espaço da prisão. Se a instituição prisional é violadora em sua essência, na medida em que não apenas priva a liberdade física do indivíduo, como também restringe o desenvolvimento de sua autonomia, o contato com seus familiares, impõe-lhe restrições de bens e serviços em face da lógica de funcionamento e desinteresse na sua manutenção, por óbvio que o público ocupante desse espaço será atingido diretamente pelos efeitos dessa realidade.

Em relação aos relatos das mulheres privadas da liberdade, as dores do aprisionamento são identificadas principalmente quanto à dificuldade de exercer o direito de defesa, de ter condições de pleitear benefícios judiciais e administrativos e, ainda, quanto à incerteza sobre as condições de vida de seus filhos, filhas e familiares. Há por parte dessas mulheres sentimento de descrença quanto ao funcionamento das instâncias judiciais, de tristeza pelo desconhecimento do processo penal e, ainda, de ansiedade para que o processo seja analisado “adequadamente” pelo juiz. Além disso, as mulheres aprisionadas também relatam o distanciamento de seus familiares e a dificuldade de comunicação efetiva com os operadores jurídicos que administram os processos criminais.

Tais questões demonstram que o processo penal (e a prisão) longe de fornecer “racionalidade” à aplicação da pena privativa de liberdade, na verdade obscurece a lógica de descaso que permeia as instituições punitivas. Se para aquela mulher aprisionada o seu processo criminal consiste em um dos acontecimentos “mais importantes” de sua vida, pois através dele será absolvida ou condenada, ficará

perto ou longe de suas filhas ou de seus filhos, poderá exercer ou não sua liberdade, ao olharmos para a estrutura de funcionamento da prisão e da justiça criminal percebemos que o costume por parte de seus operadores influencia decisivamente para a aplicação formal das garantias processuais, isto é, não se atribui relevante importância ao acesso à justiça penal no desenvolvimento dos atos processuais. As dores do aprisionamento que atingem esse grupo de pessoas se tornam "toleráveis" em um contexto de violação de direitos, não só das pessoas privadas da liberdade, mas também dos profissionais que atuam nessas instituições.

Não se pretende aqui comparar o sofrimento de uma pessoa presa com uma funcionária da prisão, mas sim demonstrar que o cárcere promove dores em todos que com ele tem contato. Assim como as presas, as agentes estão expostas à diversas privações que se apresentam em sua rotina de trabalho e se refletem em suas vidas pessoais. Elas também estão presas, por razões distintas, por escolha própria, encontram-se privadas da sua liberdade, das relações com seus familiares. Privadas da sua autonomia, uma vez que durante os plantões estão impossibilitadas de realizar ações banais, comuns à rotina de qualquer pessoa. Ações que parecem simples, como telefonar para a família, tomar um banho, entrar e sair da Penitenciária, para as agentes acabam não dependendo somente de suas vontades, mas de regras estabelecidas e da colaboração das colegas. A vivência na prisão é regulamentada por uma série de regras que não se restringem ao controle da vida das presas, pois acabam interferindo, mesmo que indiretamente, na vida das agentes que ali trabalham e na das que ali moram durante quinze dias de cada mês.

Quando questionadas a respeito das privações que permeiam o seu trabalho, suas respostas apontavam uma espécie de conformismo ou, até mesmo, costume com a referida precariedade. Uma vez que o Estado não fornece a assistência adequada para as presas, não serão as agentes que terão suas necessidades de condições de trabalho atendidas. Nesse sentido, não são fornecidas condições adequadas de habitação, materiais de trabalho e de higiene, efetivo suficiente.

A privação da sua segurança está presente tanto dentro como fora da instituição. Em virtude do contato com as presas, promovido por sua estrutura arquitetônica, as agentes reconhecem que as presas nada fazem contra elas porque não querem, uma vez que estão vulneráveis a qualquer ataque que possa ocorrer. Com o passar do tempo, aprendem a (con)viver com o medo e se acostumam com a "falsa sensação de segurança". Elas afirmam que não se sentem inseguras quando estão fora da prisão, não pensam que podem sofrer algum tipo de retaliação em virtude de suas ações dentro da PFMP, eis que suas condutas não seriam motivo para tanto. Apesar disso, entendem que precisam tomar cuidados com sua identificação na vida extramuros. Afinal, podem ser vítimas de ataques simplesmente pelo fato de ser AP.

Assim, as "dores do aprisionamento" não só são sentidas pelas mulheres condenadas, mas também pelas que ainda aguardam julgamento e pelas que lá trabalham. A prisão, como instituição violadora de direitos humanos que é, não escolhe suas vítimas, atinge a todas que nela se encontram, obrigadas ou por escolha própria.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, Criticismo e Crítica do controle penal. In: _____. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p.47-177.

ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceles femininas em América Latina. Nueva Sociedad, mar./abr., 2007, n.208. p.73-84.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, 2000. v.5, n.9/10, p.203-219.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DINIZ, Debora. Cadeia: relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, o Ilegalismo e a Arte de Punir. Segurança, Penalidade e Prisão. Ditos e Escritos VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p.53-56.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 25. ed. Rio São Paulo: Graal, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.). Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 331–344.
GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

HOWARD, Carolina; OLIVEIRA, Mariana. Direitos Humanos e Mulheres Encarceradas. São Paulo: Instituto Terra Trabalho e Cidadania, Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

LARRAURI, Elena. É neutro o direito penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. Fascículo de Ciências Penais, v. 6, p.8–22, 1993.

LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: Impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, n. 10, out/dez, p.11-31, 2010. Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/dilemas10art1.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2013.

MELLO, Priscila Vargas. As mulheres presas e o acesso à justiça penal: Ignorância de quê(m)?. 2016. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2016.

QUEIROZ, Nana. Presos que Menstruam. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RUDNICKI, Dani. Notas sobre a formação de Agentes Penitenciários. In: DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). O direito e as ações políticas: a juridicização das esferas sociais e seus policontextos jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVA, Joana Coelho da. Efeitos do cárcere: o mundo prisional vivido pelas agentes penitenciárias. 2016. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2016.

SYKES, Gresham M. The society of captives: A Study of a Maximum Security Prison. Nova York: Princeton University Press, 2007.

UNILASALLE CANOAS-RS

WOLFF, Maria Palma. Mulheres e prisão: a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero. Revista Brasileira de Ciênciais Criminais, v. 87, n. 18, p.375–395, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A MOTIVAÇÃO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO MULHERES

Simone Schroeder[1]
Fernanda Silva da Silva[2]

RESUMO: O presente artigo versa acerca da motivação dos decretos das prisões preventivas relacionado a mulheres que supostamente praticaram o delito de tráfico de drogas. Desta forma, foi realizada uma pesquisa a qual foi empregada o método qualitativo, com o propósito de analisar como os juízes estão fundamentando tais decisões. A partir da concepção de uma devida motivação, torna-se possível verificar através da análise dos decretos das prisões preventivas, a forma que os juízes estão motivando as referidas decisões. Portanto, verifica-se se estas motivações estão livres de nulidades e, se atendem os preceitos que emanam da Constituição Federal e do princípio do devido processo penal. Diante deste contexto, a pesquisa foi realizada nas 1º, 8º, 9º e 11º varas do foro central da comarca de Porto Alegre, por serem essas, responsáveis pela tramitação dos processos envolvendo esta espécie de delito. Assim, foram analisados 21 decretos de prisões preventivas, sendo definidas as suas justificativas e, consequentes conceitos empregados pelo julgador para fundamentar a sua decisão. Não obstante, dentre os fundamentos possíveis para a decretação da prisão preventiva, constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, foi demonstrado a partir da utilização de gráficos, quais os fundamentos obtiveram maior índice de incidência e, a partir destes dados, foram transcritos alguns decretos a título de ilustração, com o fim de evidenciar quais os critérios são relevantes para o julgador no momento de formar a sua decisão. Ademais, foi possível analisar se os decretos das prisões preventivas estão sendo fundamentados de modo a atender as garantias constitucionais do indivíduo, ou se, estão carecendo de uma devida fundamentação.

PALAVRAS- CHAVE: Motivação das decisões. Prisão preventiva. Tráfico de drogas.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

A partir da participação das autoras no projeto de extensão "um olhar a partir da construção do acesso à justiça: a via entre a universidade e o cárcere feminino", coordenado pela Prof.ª Me. Simone Schroeder, foi possível constatar a existência de um número considerável de mulheres que são mantidas presas preventivamente na penitenciária feminina Madre Pelletier. Entre essas mulheres, pode-se constatar outro fator relevante, qual seja, mais de 60% delas haviam sido acusadas pela prática em tese, do delito de tráfico de drogas.

Assim, com base nos dados em que a autora obteve acesso, por meio deste projeto extensionista, originou-se uma inquietação em verificar como estavam sendo fundamentados os decretos das prisões preventivas de mulheres, envolvendo o delito de tráfico de drogas.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa nas varas criminais responsáveis pela tramitação dos processos que envolvem essa espécie de delito no Foro Central da Cidade de Porto Alegre. Apesar disso, cumpre mencionar que a presente pesquisa não ocorreu de forma vinculada ao referido projeto, de modo que os decretos analisados não possuem nenhuma ligação com as mulheres que fazem parte do referido projeto, contudo, foi um dos pilares para iniciar esta investigação.

Ademais, consoante normas que emanam da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, que regulamentam a prisão cautelar, destaca-se o caráter excepcional dessa espécie de prisão. Todavia, diante desta excepcionalidade, amplamente asseverada pela legislação e também pela

1 Advogada, professora da uniritter/Laureate Universities. Schroeder02@gmail.com.
2 Advogada. fernanda91ss@hotmail.com

doutrina, cumpre analisar se os juízes estão efetivamente decidindo desta forma ou se as decisões que decretam tais prisões ocorrem de modo vago e impessoal.

Em vista disso, tendo a prisão preventiva o condão de retirar do indivíduo o seu direito fundamental à liberdade, mesmo sem haver sentença condenatória, faz-se indispensável analisar como estão ocorrendo suas motivações e, neste sentido, avaliar por quais razões os juízes estão justificando tal encarceramento.

Não obstante, a pesquisa visa demonstrar quais fundamentos são mais utilizados pelos juízes para motivar o decreto das prisões preventivas no tocante ao delito de tráfico de drogas e, ainda, especificar qual a concepção empregada pelo julgador ao analisar o caso concreto.

Logo, consoante princípio constitucional da motivação das decisões, disposto no artigo 93, inciso IX, do diploma legal referido, o juiz possui o dever de fundamentar todas as suas decisões. Todavia, esta fundamentação deve ser realizada de modo eficaz, para que, assim, sejam efetivamente observadas as garantias constitucionais do indivíduo no processo penal.

Deste modo, faz-se clarividente que a motivação adequada é um fator indispensável para a ocorrência do devido processo penal, cuja tramitação deve ocorrer livre de nulidades e, sobretudo, conjugar-se em harmonia com a Constituição Federal.

2 A MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISOES JUDICIAIS NO DECRETO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

O princípio da motivação das decisões judiciais expresso na Constituição Federal, em seu artigo 93 inciso IX, preceitua a obrigatoriedade de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade do ato judicial. Este princípio decorre da imposição do devido processo penal (BONATO, 2003, p. 179) e viabiliza a exteriorização da manifestação do juiz, de forma que sejam elencados os motivos de fato e de direito que levaram a decidir de tal maneira.

Percebe-se, no entanto, que são utilizadas em nosso ordenamento jurídico as expressões motivação e fundamentação das decisões judiciais, sendo necessário diferenciá-las para melhor entendimento do tema.

A motivação consiste em demonstrar a causa que fez com que o juiz decidisse em determinado sentido, ao aferir os meios concretos para chegar à decisão. Assim, a título de ilustração; o motivo que levou o magistrado a decretar a prisão preventiva de determinado réu pode ter sido a garantia da ordem pública. Já a fundamentação não pode assemelhar-se a esta, eis que tem o fito de justificar a motivação. No caso deste exemplo, a fundamentação explicaria, por meio dos fatos constantes nos autos, as razões que levaram o magistrado a acreditar que a liberdade do réu seria um risco para a garantia da ordem pública (GIACOMOLLI, 2014, p. 212).

Neste sentido ensina Nereu José Giacomolli:

> por motivo há que ser entendida a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, de modo que possa ser compreendida.(Giacomolli, 2014, p. 212).

Desta forma, o juiz fundamenta a sua decisão quando explica as razões que o levaram a decidir de determinada maneira e, a razão de certa decisão produzir este ou aquele resultado (PORTANOVA, 2008, p, 251). Assim, “é a fundamentação que permite à acusação e à defesa saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicativo) e

o negativo (o porquê da conclusão diferente).” Sendo o motivo à razão que posiciona a ação de decidir num sentido ou no outro (GIACOMOLLI, 2014, p. 212).

Assim, o magistrado deve motivar e fundamentar a sua decisão baseando-se na “verdade dos autos”, ou seja, nos fatos trazidos e sustentados pelas partes, devidamente submetidos à jurisdicionalidade e ao contraditório (LOPES, 2011, p. 357). Enfim, motivar uma decisão é conceder “as razões de fato e de direito, que levaram o julgador a decidir de uma ou de outra maneira”, respondendo a todos os questionamentos do processo (CARVALHO, 2014, p. 60).

Neste contexto, ressalta-se a importância de fundamentar uma decisão com base nas questões fáticas demonstrando o porquê da decisão e os motivos que o levaram a tal conclusão, pois conforme leciona Aury Lopes Júnior são essas as questões importantes e que devem ser levadas em conta na formação da decisão. Não sendo necessário discutir obviedades e “gastar folhas para demonstrar erudição jurídica e jurisprudência” (LOPES JR., 2011, p. 357).

Ademais, uma devida motivação judicial é aquela em que o juiz justifica de forma clara e convincente, as razões que o levaram a decidir em determinado sentido, tendo por base circunstâncias fáticas e jurídicas constantes nos autos (GIACOMOLLI; SAIBRO, 2014, p. 212), cumpre realizar uma reflexão acerca de como deve ser essa motivação no tocante às prisões preventivas.

Acerca do tema, Nereu Giacomolli, assim dispõe:

> A existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (fumus commissi delicti), requisitos prévios da prisão preventiva, bem como o perigo ou o risco do indiciado, flagrando ou o réu, permanecer solto (periculum libertatis), deve motivar-se em fatos e atitudes atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores que lhe são supedâneo, e não em meras probabilidades, por ser medida excepcional. (Giacomolli, 2005, p. 2018).

Cumpre referir que nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva possui como fundamento a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Deste modo, o Juiz está atrelado a um desses fundamentos para decretar a prisão preventiva e, possui o dever de motivar a sua decisão sob pena da mesma ser declarada nula e, consequentemente, ser determinada a soltura do sujeito (GIACOMOLLI, 2005, p. 2018).

A Constituição Federal exige no artigo 93, inciso IX, a motivação das decisões judiciais de uma forma geral, contudo, em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe da seguinte maneira: “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” e, desta forma, tutela a liberdade humana através da garantia da motivação das decisões, impedindo o arbítrio do juiz ao ordenar a prisão de um sujeito (GOMES, 2004, p. 220).

Nesta perspectiva, o artigo 315 do Código de Processo Penal torna evidente o ânimo do legislador em exigir a motivação especificamente no que tange a prisão preventiva, assegurando desta forma, que o juiz aponte as razões que são determinantes para segregar o indivíduo ainda na persecução penal. (GOMES, 2004, p. 221).

Aliás, salienta-se que esta imposição de motivar o decreto da prisão preventiva está lastreada no fato de que a mesma consiste no cerceamento da liberdade humana de forma preliminar, ou seja, sem que ainda tenha transitado em julgado uma sentença condenatória e, portanto, atinge os direitos fundamentais que devem ser preservados ao máximo no nosso ordenamento jurídico. (Suannes, 2004, p. 282).

Ressalta-se ainda que, a ausência de motivação nas decisões que afetam os direitos Constitucionais, viola o disposto no artigo 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos e,

inviabiliza a ampla defesa violando desta forma, o princípio do devido processo penal (GIACOMOLLI, 2005, p. 217.)

Contudo, uma motivação devida do decreto da prisão preventiva está baseada em circunstâncias fáticas advindas de elementos constantes no processo e que efetivamente comprovem a real necessidade desta medida excepcional (SANGUINÉ, 2014. P. 449). Sob esta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que não é suficiente a simples menção aos requisitos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, devendo o referido decreto lastrear-se em fundamentos concretos aptos a demonstrar a indispensabilidade da segregação cautelar (HC nº 98.821/CE, DJe de 16/4/10).

Portanto, torna-se ilegal a motivação baseada unicamente na gravidade abstrata do delito, na presunção de que se o sujeito voltará a delinquir se não for preso preventivamente, no fato do delito ser hediondo, no clamor público, ou até mesmo na credibilidade do poder judiciário. Sendo todas essas fundamentações incompatíveis com o viés da proteção do indivíduo e das garantias constitucionais já explanadas anteriormente, e desta forma não devem ser consideradas uma devida motivação para decretar a prisão preventiva (SANGUINÉ, 2014. P.450).

3 ANÁLISE DOS CASOS ENVOLVENDO A PRISÃO PREVENTIVA E SUA RELAÇÃO COM TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO MULHERES

Ao participar do projeto de extensão "Um olhar a partir da construção do acesso à justiça: A via entre a Universidade e o cárcere feminino" coordenado pela Prof. Me. Simone Schroeder foi constatada uma quantidade considerável de mulheres segregadas provisoriamente em razão da prática em tese, do delito de tráfico de drogas. Esta constatação advém de uma radiografia realizada pelo grupo extensionista do ano de 2010, que traçou o perfil das mulheres segregadas na Penitenciaria Madre Pelletier, localizada na Cidade de Porto Alegre, onde foram entrevistadas 154 presas, sendo que, entre outras particularidades verificadas, 43,5% eram presas provisórias e 60% delas estavam respondendo pelo delito de tráfico de drogas. (SCHROEDER, 2014).

Contudo, a partir da constatação destes dados, foi possível perceber que a maioria daquelas mulheres privadas de liberdade, naquele ano, estavam presas preventivamente e, sendo acusadas pelo cometimento do delito de tráfico de drogas. Com isso, se originou uma preocupação em pesquisar como ocorria a fundamentação destes decretos, ou seja, quais eram os motivos determinantes e ou critérios, para a segregação da maior parte da população carcerária da Penitenciaria Feminina Madre Pelletier.

Cumpre mencionar que conforme os últimos dados fornecidos pela Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul (SUSEPE), em Agosto de 2014, a quantidade de presas provisórias na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre, representava 130 mulheres, sendo que o número total de mulheres segregadas nesta casa prisional era de 207 mulheres. (Susepe, 2014). No entanto, na atualidade, são 235 mulheres segregadas naquele estabelecimento.

Destaca-se, também, que o delito de tráfico de drogas esteve presente em 215 acusações sobre um total de 249, enquanto os demais delitos (tais como receptação, latrocínio, furto simples etc.) representam o singelo número de 34 delitos (Susepe, 2014).

Portanto, a partir destes dados, pode-se corroborar os elementos apresentados pela radiografia realizada no referido projeto extensionista, realizado no ano de 2010. Inclusive, verifica-se que apesar da atualidade destes dados, fornecidos pela SUSEPE, o perfil do encarceramento feminino na referida casa prisional permanece o mesmo, considerando o número expressivo de mulheres segregadas provisoriamente, em razão do delito de tráfico de drogas que, evidentemente supera os demais.

Todavia, ressalte-se que a presente pesquisa não ocorreu de forma vinculada ao projeto extensionista, de modo que, os decretos analisados não estão vinculados a Penitenciária Feminina

Madre Pelletier. Neste sentido, a pesquisa não versa acerca do gênero feminino e sua concepção, mas exclusivamente utiliza este fator como forma de delimitação da investigação, já que, a preocupação das autoras surgiu a partir da participação no mencionado projeto de extensão.

Cumpre mencionar que, a pesquisa se dividiu em duas etapas, sendo inicialmente analisados sete decretos de prisões preventivas, envolvendo mulheres, e tráfico de drogas entre o lapso temporal de 2012 e 2013. Entretanto, em um segundo momento, com o propósito de verificar a atualidade destes decretos, foram analisados mais 14 processos nos mesmos moldes, porém, com a limitação temporal ao ano de 2014.

Desta forma, foram selecionados um total de vinte e uma decisões que decretaram as prisões preventivas nos processos envolvendo mulheres que estavam sendo acusadas pelo delito de tráfico de drogas.

No que tange as vinte e uma mulheres que tiveram a prisão preventiva decretada, onze delas eram primárias. A partir desta informação, é natural presumir que essa característica pessoal, não é um critério determinante para o juiz fundamentar o decreto da prisão preventiva. Contudo, em que pese à primariedade não seja substancial, a peculiaridade da reincidência, se mostrou de extrema relevância para fundamentar a prisão preventiva. De modo que, em 100% dos decretos em que a acusada era reincidente, o juiz informou esta característica na sua fundamentação, sendo a mesma, considerada para decretar a prisão preventiva. Não obstante, dentre os onze decretos em que as acusadas eram primárias, o juiz mencionou esta informação apenas em dois, ao que se observa na tabela a seguir:

TOTAL DE DECRETOS ANALISADOS	QUANTIDADE DE ACUSADAS PRIMÁRIAS	QUANTIDADE DE ACUSADAS REINCIDENTES
21	11	10
	Entre esses onze decretos, somente em dois foram mencionados pelo juiz a condição de primariedade das acusadas.	Entre esses dez decretos, em todos o juiz mencionou a condição de reincidente das acusadas.

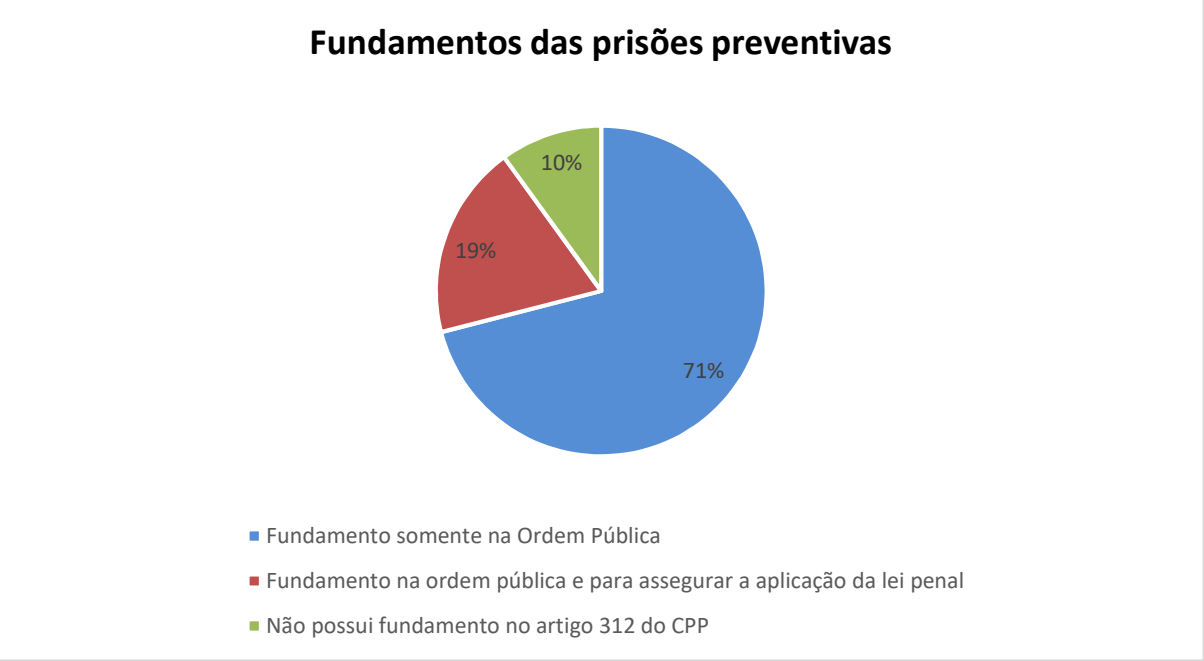
Fonte: elaborado pela autora com base nas informações extraídas dos processos que tramitam nas varas criminais do foro central de Porto Alegre.

Assim, diante deste contexto, se a reincidência torna-se uma circunstância pertinente para decretar a prisão preventiva, a primariedade deveria possuir a mesma importância para justificar a desnecessidade desta segregação cautelar. Todavia, como é possível perceber, na grande maioria dos casos, o juiz considera somente a reincidência em sua fundamentação. Desta forma, percebe-se que não está sendo realizado um juízo de valor adequado acerca das condições subjetivas pessoais das acusadas, violando inclusive, o princípio da proporcionalidade, que exige um equilíbrio entre as ponderações (Sanguine, 2014, p. 451).

Sob outra perspectiva, depreende-se da pesquisa em tela, que dos vinte e um decretos pesquisados o fundamento predominante é o da garantia da ordem pública. Assim, este fundamento esteve presente em 19 decretos, sendo o fundamento exclusivo em 15 destes decretos. Destes mesmos 19 decretos, 04 deles, apresentaram fundamentação conjuntamente na garantia da ordem pública e na aplicação da lei penal.

Ademais, entre o total de decretos analisados, 02 não apresentaram motivação nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, não mencionaram se o decreto se justificava em virtude da garantia da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal.

Para melhor compreender os resultados observa-se o gráfico a seguir:



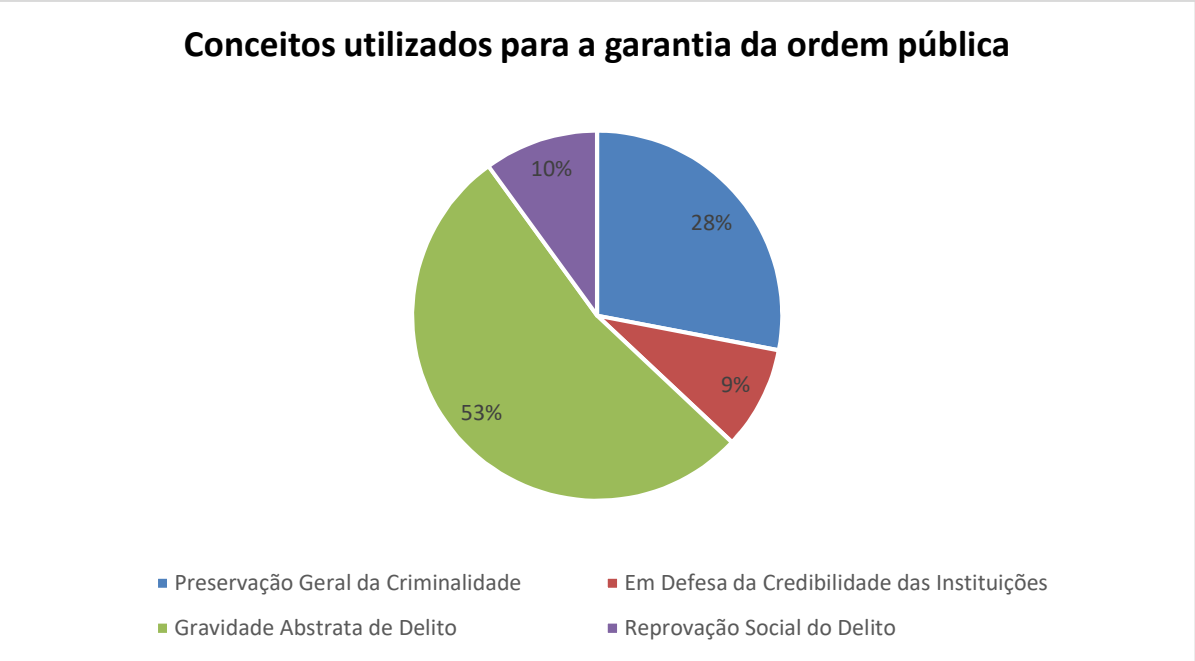
Fonte: elaborado pela autora com base nas informações extraídas dos processos que tramitam nas varas criminais do foro central de Porto Alegre.

Portanto, a partir da pesquisa em tela, percebe-se que para o delito de tráfico de drogas, a fundamentação basilar é a garantia da ordem pública. Ao passo que, as prisões preventivas decretadas para assegurar a aplicação da lei penal, apesar de não possuírem uma quantidade vultosa, também são utilizadas por juízes nos decretos das prisões preventivas envolvendo está espécie de delito.

Como é possível perceber, 70% dos decretos analisados tiveram como fundamentação exclusiva a garantia da ordem pública. Assim, deve-se verificar o que efetivamente os juízes entendem por garantir a ordem pública e, o que se pretende tutelar ao decretar a prisão preventiva com essa justificativa.

4 A (DES) CONSTRUÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO E A ANÁLISE CRÍTICA

Destarte, pela fundamentação em razão da garantia da ordem pública possuir um conceito extremamente vago (LOPES JR., 2014, p. 93), permite aos magistrados justificar a prisão preventiva por diversas razões, tais como: a preservação da credibilidade das instituições, a prevenção geral da criminalidade, a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas. Para uma melhor compreensão acerca da pesquisa, pode-se analisar o gráfico a seguir:



Fonte: elaborado pela autora com base nas informações extraídas dos processos que tramitam nas varas criminais do foro central de Porto Alegre.

Portanto, sendo estes os fatores conceituais da garantia da ordem pública, cumpre verificar as suas particularidades.

Não obstante, a gravidade abstrata do delito como justificativa da prisão cautelar consiste em um sinônimo equivocado de risco para a ordem pública, pois se faz necessário que, esta gravidade esteja devidamente comprovada nos autos e, não apenas baseada na tipicidade genérica do delito. (LOPES JR. , 2014, p. 93)

Neste sentido, Odone Sanguiné critica severamente a utilização da pena cominada ao delito ou, um eventual rol de crimes como critério para decretar a prisão preventiva, pois nestes casos, ocorreriam prisões automáticas, sem que o magistrado examinasse o contexto fático do caso concreto.

De outra parte, igualmente, é possível perceber através da pesquisa em tela, que a garantia da ordem pública, sob o argumento da gravidade abstrata do crime, em grande parte dos casos, possui uma denotação ligada tão somente à hediondez do delito, sem levar em consideração as situações fáticas da suposta ocorrência do delito. Como por exemplo, na decisão abaixo:

> Dessa forma, caracterizada, em tese, a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, inviável a concessão da liberdade provisória (art. 2º, II, da Lei 8.072/90, e art. 44 da Lei 11.343/06), inclusive porque se trata de delito de gravidade, que aflige a nossa sociedade, estando diretamente ligado a outros crimes, que vão desde o simples furto até o homicídio, daí porque deve-se resguardar a ordem pública.Saliento que a pena máxima cominada ao delito de tráfico de drogas é superior a 4 anos (art. 313, I, CPP). Assim, fulcro nos arts. 312 e 313, I, ambos do CPP, CONVERTO A PRISÃO em flagrante em PREVENTIVA, para a garantia da ordem pública, haja vista a natureza do delito de tráfico de drogas, que põe em risco a comunidade como um todo, especialmente porque ligado à prática de outros crimes graves, como o roubo, o furto e até mesmo o homicídio. (Decreto da prisão preventiva constante no processo de nº 001/2.14.0055724-9, decidido em 05/08/2014).

Note-se primeiramente, que na decisão acima, o magistrado baseou-se na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, sem expor os fatores de um risco concreto na conduta praticada pela

acusada, como por exemplo, a forma como a mesma realizava a traficância, a espécie e/ou a quantidade de drogas apreendidas.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a muito já vem decidindo no sentido de que a gravidade em abstrato do crime, não justifica a prisão cautelar (STF, HC 95454, 2009). Da mesma maneira, exclusivamente no que tange ao delito de tráfico de drogas, a referida corte também já se posicionou no sentido de considerar inadequada a fundamentação lastreada na gravidade do delito e na periculosidade que os réus representam para a ordem e a saúde pública. (STF, HC 104339, 2012).

No que tange à reprovação social do delito, que esteve presente em 10% dos decretos analisados, consiste no chamado "clamor social", expressão utilizada para designar a intensa desaprovação da sociedade em relação a determinado delito. Nos decretos analisados, este fator foi empregado pelo magistrado da seguinte maneira:

> [...] Assim decido, por entender que o crime é grave e de elevada reprovação social. Todos sabemos os males causados pelas drogas, tanto aos usuários, como a seus familiares e à sociedade em geral (Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.12.0034542-6. Decisão do dia 21/12/2012).

Desta forma, independentemente do termo utilizado pelo juiz, este fator sempre implicará em um caráter de penalização antecipada e, de medida de segurança, uma vez que, determinado sujeito será segregado preventivamente para contentar a população. Aliado a isto, retira do juiz a sua autonomia, na medida em que ocorrer a interferência da sociedade na decisão do juiz (Sanguiné, 2014, p. 317).

Ademais, o poder judiciário não deve ser um instrumento para conter o clamor social, tampouco para oferecer resposta ao dito popular de que "a polícia prende e a justiça solta". Inclusive, a prisão preventiva não pode ser utilizada como forma de política criminal, servindo para segregar provisoriamente o indivíduo supostamente perigoso e assim, diminuir a violência presente na sociedade. (SANGUINE, 2014, p. 332).

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Sob esta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes, acerca da inconstitucionalidade da prisão preventiva lastreada na comoção social, ainda que referente a delitos hediondos ou a equiparados como no caso do tráfico de drogas (STF, HC 110132, 2012).

No tocante a preservação geral da criminalidade como argumento para a garantia da ordem pública, também pode-se vislumbrar a sua inconstitucionalidade, tendo em vista que, se está considerando uma atribuição do Estado, mais precisamente da função policial e não ao objeto de tutelar o processo em si. (ROSA, 2013, p.138).

Destarte, consoante à pesquisa realizada, constatou-se que os juízes empregam o conceito em tela da seguinte forma:

> [...] Assim, fulcro nos arts. 312 e 313, I, ambos do CPP, CONVERTO A PRISÃO em flagrante em PREVENTIVA, para a garantia da ordem pública, haja vista a natureza do delito de tráfico de drogas, que põe em risco a comunidade como um todo, especialmente porque ligado à prática de outros crimes graves, como o roubo, o furto e até mesmo o homicídio. (Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.14.0055724-9. Decisão em 05/08/2014).

Através desta fundamentação, podemos perceber que o magistrado teve o propósito de prevenir a criminalidade de uma forma geral, pois o mesmo afirmou ser o deito de tráfico de drogas o grande responsável pela insegurança social, haja vista que dele são oriundos outras espécies delitivas.

Todavia, esta missão de prevenir novos delitos que, salienta-se, nem ao menos possuem ligação como o processo em tramitação, não deve ser incumbida ao Poder Judiciário, mas sim, ao Executivo, especificadamente através da polícia, consoante o artigo 144 da Constituição Federal.

Além disto, no momento em que o juiz decreta a prisão preventiva em razão da prevenção geral da criminalidade, está impondo uma restrição para o indivíduo, visto que, retira o mesmo do meio social em face da provável segurança da comunidade. Não obstante, a segregação provisória do indivíduo sob esta fundamentação, em nada tem relação com o processo penal em si, pois não possui caráter cautelar, mas sim preventivo da criminalidade. (SNAGUINE, 2014, p. 328).

Cumpre destacar acerca do tema, a lição de Odone Sanguiné:

> portanto, a utilização da prisão preventiva com a finalidade de prevenção genérica de delitos é inconstitucional porque ofende a presunção de inocência do imputado, que é considerado perigoso antes do julgamento, reduzindo a acusação pública a funções de defesa social e de polícia da ordem pública, transformando o decreto de prisão preventiva em uma espécie de medida de prevenção contra perigosos e suspeitos. Para respeitar a presunção de inocência, a prisão provisória não pode buscar fins próprios da pena, mas unicamente fins relacionados com o processo (SANGUINE, 2014, p. 335).

Entretanto, este fator que é o segundo com maior incidência, estando presente em 28% das decisões analisadas, também busca evitar que, se o indivíduo permanecer em liberdade continue a praticar atividades ilícitas. Todavia, cumpre mencionar que trata-se de uma análise completamente utópica, pois não há meios que possam garantir tal afirmação. (LOPES JR., 2014, p. 115).

Não obstante, Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do tema, afirmando que esta fundamentação não é suficiente como forma de decretar a prisão preventiva (STF HC 109449, 2013).Contudo, a prevenção geral da criminalidade tanto sob a perspectiva do delito de tráfico de drogas ser supostamente gerador de novos crimes, quanto no impossível "prognóstico de periculosidade" do indivíduo, não se está tratando de questões tipicamente processuais e, portanto, se está subtraindo a natureza cautelar da prisão preventiva. (ROSA, 2013 p. 138).

Quanto a defesa da credibilidade das instituições, trata-se de fundamento muito similar ao da reprovação social, pois ambos pretendem conceder uma resposta acerca da criminalidade existente na sociedade. Contudo, em um Estado democrático de Direito a estabilidade da reputação da justiça depende do cumprimento do devido processo penal, na medida em que, são tutelados os direitos fundamentais do indivíduo e, não da determinação de uma aplicação de pena antecipada, velada sob a forma de uma medida cautelar com o fim de responder a um anseio social. (SANGUINÉ, 2014, p. 314).

Acerca do tema, cumpre mencionar o que afirma Aury Lopes JR.

> É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para, além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida (LOPES JR., 2014, p. 114).

Logo, a defesa da credibilidade das instituições como conceito de ordem pública, remete a uma concepção de confiança na justiça, sendo uma expressão tão ampla que permitiria a prisão preventiva de qualquer indivíduo independentemente da situação, pois a justiça deve ser sempre confiável, seja qual for à circunstância (SANGUINE, 2014, p. 314).

Este fundamento que está presente em 9% dos decretos analisados pela pesquisa, é utilizado pelo juiz da seguinte maneira:

> Quando presos em flagrante, é importante que permaneçam presos, tanto para evitar a prática de novos fatos, como para servir de exemplo àqueles que se dedicam a tal prática. Além disso, a manutenção da prisão estimula a atividade policial e resulta na diminuição do sentimento de impunidade que impera no meio social, pois os cidadãos de bem esperam que os elevados tributos sirvam para tornar efetivos os órgãos de persecução penal. Com esses fundamentos converto a prisão em flagrante em preventiva, nos termos do art. 310, II, c/c art. 312, ambos do Código de Processo Penal. 9.[...][3]

Assim, pode-se inferir diante da fundamentação realizada pelo magistrado, que a sociedade de forma geral, acredita que o poder judiciário possa ser uma forma de remédio para a violência e, desta forma, a justiça deve prender preventivamente um indivíduo que se presume inocente como modo de retribuição aos cidadãos que pagam elevados tributos. Nota-se que, do contrário, os órgãos responsáveis pela persecução penal não seriam eficazes.

Não obstante, ainda no ano de 2004 o Supremo Tribunal Federal assentou que a fundamentação com base na credibilidade da justiça não é idônea (STF, RHC 84293, 2004).

Assim, a prisão preventiva decretada sob o fundamento da ordem pública, tendo em vista o conceito em tela, não cumpre a natureza da medida cautelar, pois não objetiva proteger o andamento do processo penal, mas sim, defender a credibilidade do poder judiciário e, ressalta-se que, desta forma, torna-se inconstitucional por não se tratar de medida exclusivamente cautelar (LOPES JR., 2014, p. 108).

Isto posto, foram analisados todos os conceitos de ordem pública presentes nos vinte e um decretos pesquisados, haja vista que, a gravidade abstrata do delito, a preservação geral da criminalidade, a credibilidade das instituições ou a reprovação social do delito estiveram presentes em 100% das decisões.

Contudo, lembrando que ainda ocorreram decisões fundamentadas na aplicação da lei penal e também decisões sem fundamentação correspondente ao artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo que, em ambos os casos, a garantia da ordem pública foi concomitantemente empregada pelo magistrado.

No que tange a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, foi o fundamento que esteve presente em 19% dos decretos analisados e, trata-se de motivo propriamente cautelar, que busca assegurar a execução de uma provável condenação, ao termo do processo penal. Nestes casos, devem-se ter provas concretas nos autos da grande probabilidade do sujeito evadir-se da futura sanção a ser aplicada. (GIACOMOLLI, 2014, p. 376).

Contudo, conforme foi constatado pela presente pesquisa, os juízes não justificaram as razões determinantes para decretar a prisão preventiva sob o fundamento em tela. Assim, cumpre transcrever uma das decisões analisadas a título de ilustração:

> Vistos. Deixo de homologar o flagrante, uma vez que a ausência de advogado invalida o ato. Contudo, considerando que a indiciada foi presa pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas, decreto a prisão a preventiva da indiciada. F. I. C., em que pese tecnicamente primária, anota recente condenação, ainda não transitada em julgado, pelo crime de tráfico de drogas cumulada com associação ao tráfico, prolatada em 15-04-2014 (mesmo delito que está sendo imputado neste expediente). Assim, mesmo tendo sofrido a reprimenda estatal, demonstra continuar a dedicar-se à prática de atos ilícitos, razão pela qual necessária a decretação de sua prisão para garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. Desta forma, decreto

3 RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.12.0034542-6. Decisão do dia 21/12/2012. Brasil. Porto Alegre. Disponível em; http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc

> a prisão preventiva de F. I. C., para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.
> Recomende-se. Comunique-se. Em 10/09/2014 (Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.14.0067027-4. Decisão do dia, 10/09/2014).

Desta forma, percebe-se que o decreto em tela carece de fundamentação válida, pois limitou-se a copiar o que diz a lei, sem justificar os critérios utilizados para compor a sua decisão. Assim como já foi demonstrado anteriormente, as circunstâncias fáticas constantes nos autos é que devem ser a base para uma devida motivação das decisões judiciais. Portanto, não havendo esta concatenação entre os fatos concretos e a norma penal, não ocorreu uma motivação constitucionalmente adequada (GIACOMOLLI, 2014, p. 362).

Todavia, o fundamento em tela, exige a presença de um perigo concreto de fuga do indivíduo para justificar a segregação cautelar. Salienta-se que, este perigo, deve ser oriundo de fatos objetivos e demonstrados nos autos, como por exemplo, fugas anteriores, realização de passaporte, desfazimento de bens, preparativos para viagem, entre outros (GIACOMOLLI, 2014, p. 376).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido, inclusive afirmando que não é o indivíduo que deve trazer provas de que irá cumprir todos os atos do processo, mas sim da acusação que deve comprovar através de fatos constantes no processo, a existência de fundado temor na fuga do mesmo (STF, HC 90063, 2007).

Ademais, é possível perceber que os decretos analisados não fundamentaram em conformidade com os ditames constitucionais e do magistério do Supremo Tribunal Federal, de modo que, não respeitaram a devida motivação das decisões ao deixarem de considerar os fatos concretos para se valerem de questões subjetivas e meras especulações.

Diante da análise dos vinte e um decretos, foram encontrados 10% sem qualquer menção aos fundamentos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim, cumpre transcrever a título de ilustração a forma que o juiz emitiu o decreto da prisão preventiva:

> Vistos. Trata-se de auto de prisão em flagrante de M. F. S. pela prática do delito de tráfico de entorpecentes. É o breve relato. Fundamento. O auto de prisão em flagrante merece homologação, porque atendidos os requisitos formais e os direitos fundamentais. A flagrância permitia que a força policial ingressasse no domicílio a fim de realizar a prisão. A conduzida é reincidente específica, tendo sido recentemente condenada, e, a toda evidência, trata-se de pessoa que faz do tráfico atividade habitual, havendo probabilidade de que, solta, tenderá a delinquir, daí porque incabível a concessão da liberdade provisória e a aplicação de medidas cautelares, por insuficientes. Diante do exposto, homologo o auto de prisão em flagrante e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de M. F. S. nos termos supra. Comunique-se. Recomende-se à casa prisional onde se acha recolhida. Intime-se o MP. Diligências legais (Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.14.0024640-5. Decidido em 12/04/2014).

Desta forma, percebe-se que o juiz implicitamente motivou a sua decisão na prevenção geral da criminalidade, sob o risco da reiteração criminosa, fator este que engloba o conceito de garantia da ordem pública, como anteriormente referido.

Todavia, o artigo 312 do Código de processo Penal ao dispor que "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal [...]" deixa evidente a vontade do legislador de determinar que o magistrado motive a sua decisão apenas nestas hipóteses. (GOMES, 2004, p. 221).

Outrossim, o artigo 312 do Código de Processo Penal expõe os requisitos para a decretação da prisão preventiva, sendo eles o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Desta forma, se estiverem ausentes algum desses pressupostos, a fundamentação da decisão será insuficiente e, poderá ser determinada a soltura do sujeito.

Assim, pode-se inferir que, uma fundamentação sob estes aspectos, além de violar o princípio da legalidade também fere o princípio da ampla defesa, pois impossibilita a compreensão dos critérios empregados pelo magistrado e, portanto, dificulta a sua contestação. Ressalta-se que, não há meios de contraditar as razões do magistrado em negar a liberdade provisória para o indivíduo, se as mesmas estão veladas e sem critérios concretos, cobertos pela vagueza e de difícil refutação.

Não obstante, a garantia da ordem pública tenha sido o fundamento basilar dos decretos das prisões preventivas pesquisadas, tendo como fatores a gravidade do crime, a preservação da credibilidade das instituições a reprovação social, ou o "clamor social" e a prevenção geral da criminalidade, tais critérios utilizados perpassam uma crença em que todos estes fatores da prisão sejam a resposta para a violência que se instaura na sociedade, como uma cultura de um controle aparente, utilizada no discurso do julgador.

Ademais, se esta resposta do judiciário é eficiente ou não, trata-se de motivo de grande discussão doutrinária, porém o que não se deve aceitar são fundamentações baseadas em conceitos genéricos e que não encontram relação com os fatos constantes no processo. Portanto, note-se que o juiz no processo penal desempenha um papel invertido, onde possui receio de preservar a liberdade do indivíduo, quando deveria ter receio de prendê-lo cautelarmente (CARVALHO, 2014, p. 20).

5 CONCLUSÃO

Contudo, foi possível constatar que os ensinamentos transmitidos pela doutrina, na maioria das vezes, não se concretizam, de modo que o magistrado ao fundamentar sua decisão limita-se a afirmar a existência de circunstâncias justificadoras da segregação cautelar. Porém, não as demonstra em seu texto decisório, valendo-se apenas de conceitos imprecisos, os quais não guardam relação com o caso concreto.

Aliado a isto, diversos dispositivos legais e princípios constitucionais mencionados enfatizam a excepcionalidade da prisão cautelar. Isso, inclusive, por meio das medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Sendo estas, portanto, mais uma razão para que o juiz justifique de forma convincente os motivos determinantes para decretar a prisão preventiva no caso concreto.

No entanto, o que se constatou foram decisões efetuadas de modo genérico e não poucas vezes repetidas, alterando-se tão somente o nome das acusadas. Além disso, tais decisões não enfrentaram as circunstâncias fáticas constantes nos autos, ilustrando, não raras vezes, postura dissociada da função do julgador.

Entretanto, considerando que motivação é diferente de fundamentação, pode-se concluir, a partir da análise dos 21 decretos de prisões preventivas, que os juízes motivam suas decisões priorizando o fator da garantia da ordem pública como motivo para a decretação da prisão preventiva, porém não realizam a fundamentação destas, na medida em que não demonstraram, a partir dos fatos constantes nos autos, as razões que levaram a decidir de determinada maneira. Assim, o magistrado deveria justificar o porquê da liberdade da acusada ser um risco para a ordem pública.

Não obstante, configurou-se evidente que os juízes limitaram-se a expressar textos de lei e conceitos vagos, principalmente acerca da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, baseando-se em meras conjecturas, sem relacionar os motivos empregados aos fatos concretos presentes no processo.

Contudo, especialmente por se tratar de uma decisão de extrema importância, por atingir o direito fundamental do indivíduo à liberdade, requer-se que as fundamentações dos decretos das prisões preventivas sejam coerentes; individualizados e que demonstrem as suas razões por meio dos fatos presentes no processo. Faz-se inarredável que os julgados sejam lastreados por normas legais, a

fim de que, desta forma, respeitem as garantias constitucionais do indivíduo, que merecem ser amparados no jogo do processo penal.

REFERÊNCIAS

BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2003.

BRASIL. BRASILIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HC 81.148, 1ª T., 11.9.01, Pertence, DJ 19.10.01. Primeira Turma, julgado em 27/03/2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890063%2ENUME%2E+OU+90063%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lmdnj6u

BRASIL. BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 109449, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, processo eletrônico dje-119 divulg 20-06-2013 public 21-06-2013) Brasil, Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28109449%2ENUME%2E+OU+109449%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/myd4rkj

BRASIL. BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 84293, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/06/2004, dj 13-08-2004 pp-00276 ement vol-02159-01 pp-00037. Brasil. Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884293%2ENUME%2E+OU+84293%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ldnbqqz

BRASIL. BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.HC 110132 Extn-segunda, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, processo eletrônico dje-220 divulg 07-11-2012 public 08-11-2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110132%2ENUME%2E+OU+110132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pl57rqr

CARVALHO, Amilton Bueno de. Eles os juízes criminais, vistos por nós juízes criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

GIACOMOLLI Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. Revista direito e democracia. Canoas: Ulbra. Volume 6 n.1. 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Penal Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas. 2014.

GOMES Filho, Antônio Magalhães. A motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

LOPES Jr. Aury, Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva. 2014.

LOPES Jr. Aury. O novo regime jurídico da prisão processual liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2011.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.14.0067027-4. Decisão do dia, 10/09/2014. Brasil. Porto Alegre. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decreto da prisão preventiva constante no processo de nº 001/2.14.0055724-9, decidido em 05/08/2014. Brasil. Porto Alegre. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.12.0034542-6. Decisão do dia 21/12/2012. Brasil. Porto Alegre. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decreto da prisão preventiva, constante no processo de nº 001/2.14.0024640-5. Decidido em 12/04/2014. Brasil. Porto Alegre. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc

ROSA Alexandre Morais. Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2013.

SANGUINE Odone. Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

SCHROEDER, Simone. A construção do acesso à justiça: a via entre a Universidade e o cárcere feminino. In: semana de extensão, pesquisa e pós-graduação.10. : 2014 : Porto Alegre, RS 2014. Disponível em : http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2969/500/535.pdf.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2º edição. 2004.

SUSEPE. Dados estatísticos referentes a Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Porto Alegre. 2014. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1410197741_Penit%20Fem%20Madre%20Pelletier.pdf>

CANOAS-RS

A EDUCAÇÃO COMO FACILITADORA PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO DETENTO

Meirilene Alves Fernandes[1]

RESUMO: A educação na prisão tem função de preparar o detento através da formação pedagógica e profissional, para a sua reintegração na sociedade, portanto, cabe ser repensada e refletida como um direito do cidadão brasileiro, respaldado na Constituição Federal de 1988, em seu Art 205, "educação é direito de todos"; e o fato da pessoa estar excluída do convívio social não lhes retira esse direito. Assim, objetiva-se com este estudo compreender como a educação no presídio pode favorecer o processo de ressocialização do detento. Em específico, conhecer na História das prisões e as principais funções das penas; analisar a Lei de execução penal e investigar o papel da educação na reintegração social. O propósito de encarcerar uma pessoa que comete delitos graves é retirá-lo do convívio social para proteger a sociedade, também tem a finalidade de reeducá-lo antes de retorná-lo ao convívio social. Garantindo esse direito ao preso o Estado estará contribuindo com o exercício de cidadania, desse modo, esse estudo se justifica por ser um tema relevante que abarca um direito de inclusão social. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de análise de obras e artigos científicos que abordam a questão do detento como indivíduo que necessita de apoio e educação para sua reintegração social. Ao ser conduzido a uma unidade prisional pode ocorrer do individuo passar longo período na prisão, dependendo da pena adquirida. Do cumprimento da pena à sua liberdade muitos serão os impasses que estes indivíduos poderão encontrar na sociedade. Longe do convívio social, o detento fica impossibilitado de frequentar um espaço escolar, desse modo, a educação no presídio favorece ao interno a oportunidade de adquirir a educação formal e consequentemente após sua liberdade conseguir uma colocação no mercado de trabalho mantendo-se de maneira digna juntamente ao grupo a que pertença.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Ressocialização. Sistema Prisional. Pena. Detento.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender como a educação no presídio pode favorecer o processo de ressocialização do detento. Assim, o artigo traz o contexto histórico das prisões, as principais funções das penas, o Sistema Prisional, a forma de Ressocialização por meio da Educação e como a Lei de execução penal colabora para o papel da educação na reintegração social, uma vez que o propósito de encarcerar uma pessoa que comete delitos graves é retirá-la do convívio social para proteger a sociedade. A revisão bibliográfica analisa a importância dos processos educativos para a reintegração do indivíduo na sociedade.

Em outras palavras, desenvolver nos detentos a capacidade de reflexão, fazendo-os compreender a realidade para que de posse dessa compreensão possam então desejar sua transformação. O sistema penitenciário necessita de uma educação que se preocupe prioritariamente em desenvolver a capacidade crítica e criadora do preso.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS PRISÕES

Conforme a Constituição Federal de 1988, restringir a liberdade de locomoção de ir e vir de uma pessoa, como forma de puni-la. Porém "ao longo da história podemos identificar diferentes maneiras da sociedade lidar com aqueles que infligiram as normas socialmente aceitas" (SANTIAGO, 2009, p. 300). A pessoa que cometia falta grave era retirada da sociedade e lançada em prisões.

Prisão também pode ser defina da seguinte maneira:

1Advogada, Mestranda em Educação do Centro Universitário La Salle – Unilasalle. E-mail: meirileneafadv@gmail.com

> Um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhantes, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada (GOFFMAN, 2005, p. 11).

No ambiente prisional as pessoas que cometem infrações têm espaços isolados para cumprirem as sentenças pelas quais foram designadas, sendo que inicialmente a função da reclusão era para meditação e reflexão pelos atos cometidos.

Santiago (2009), explica que os prisioneiros de guerra e os escravos eram destinados a prisões na antiguidade à espera de julgamento pelas faltas cometidas na sociedade ou quando condenados esperavam o momento de serem torturadas, naquela época, essas práticas eram consideradas legais.

Nos mosteiros da Idade Média, as pessoas eram colocadas em prisões "como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependerem da falta cometida, reconciliando-se com Deus". (MISCIASCI, 2010, p. 3).

> A prisão, não só como medida processual, mas como também pena, aplicável a clérigos e leigos, foi muito adotada, visando esta última a propiciar a reflexão expiatória e salvadora. Até o século XIII, cumpria-se em mosteiros ou conventos (GONZAGA, 1994 apud SANTIAGO, 2009, p. 301).

É importante observar que a prisão vinculada a religião visava levar o prisioneiro a refletir seus atos, considerando sua conduta errada e estabelecendo medidas que viessem mudar sua maneira de viver, ou seja, converter seus caminhos.

Bitencourt (2005) diz que na Idade Média a prisão era vista apenas como um local onde se guardava o prisioneiro, preservando sua integridade física até o momento do julgamento ou execução de sua pena.

Das ideias de reclusão baseadas no direito canônico, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas (BITENCOURT, 2005, p. 25) inspirou construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no Século XVIII (MISCIASCI, 2010, p. 3).

No século XVI e XVII a Europa contava com uma grande população que perdera suas posses, aumentando pobreza e a criminalidade aumentou em elevada proporção. Assim, não havia como praticar a pena de morte trazida da antiguidade, pois, seria grande a chacina, por essa razão que foi criada a prisão, com objetivo de corrigir os criminosos (BITENCOURT, 2005).

Sedrez (2008) afirma que no Brasil a primeira instituição prisional que se tem notícia foi à Casa de Correirão da Corte inaugurado em 1850 em São Paulo, neste estabelecimento os presos eram obrigados a realizar trabalhos forçados durante o dia e reclusão as celas à noite.

A prisão do século XXI continua com a mesma visão de privação da liberdade, porém, varia de acordo com a sentença e variabilidade da pena de acordo com o direito de punir do Estado. Santiago (2009) a esse respeito diz que, com a extinção da pena de morte a prisão que antes era considerada corporal, passou a ser considerada a pena das sociedades civilizadas, embora o quadro vigente do sistema prisional, principalmente o caso brasileiro é decadente e carece de maiores atenção das políticas públicas.

3 A ORIGEM DAS PENAS E DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Retomando a história das reclusões prisionais, verifica-se que a origem das penas se confunde com a própria organização do Estado como hoje é conhecido. A forma como surgiu é muito discutida e existem muitos conflitos quanto a isso: sua origem remonta à própria história da humanidade, aos mais primitivos grupamentos humanos, sua origem perde-se no tempo. Para os povos primitivos a pena nasceu de um sentimento de vingança e era aplicada inicialmente de forma privada, e posteriormente foi alçada a categoria de direito. (MISCIASCI, 2010, p.5)

Sendo a pena uma sanção imposta pelo Estado ao exercer seus legítimos direitos de punir àqueles que colocam em risco bens juridicamente protegidos ou causando lesões aos mesmos, tem-se a função de proteger a sociedade. Portanto, deve ser aplicada objetivando-se atingir o fim a que se destina, isto é, deve ser eficaz e útil, do contrário não justifica sua imposição, servindo apenas como meio de cumprir com um encargo, ou seja, com a obrigação de repassar à sociedade a impressão de que se está cumprindo com o dever de garantir a segurança coletiva.

Um indivíduo, ao cometer um crime, não pode servir de padrão para a sociedade, como meio a se alcançar a finalidade de prevenção geral. O Brasil possui um sistema de lei progressivo que impõe as penas privativas de liberdade e permitindo ao preso a oportunidade de retornar a sociedade (SEDREZ, 2008, pag. 12).

No ordenamento jurídico brasileiro classificam-se as penas em três espécies: I- privativas de liberdade; II- restritivas de direito; III- multa (pecuniária), as quais devem ser aplicadas pelo magistrado de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes. As penas privativas de liberdade preveem três espécies de pena são elas reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais). Enquanto os dois primeiros tipos de pena decorrem da prática de crime, o último tipo decorre de contravenções penais. (CAPEZ, 2015, p.380)

De acordo com o artigo 110 da Lei de Execução Penal, o juiz deverá estabelecer na sentença o tipo de regime inicial de cumprimento da pena que são eles: regime fechado, semiaberto e aberto. No regime fechado, cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, colocar o condenado em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. O regime aberto, o condenado trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

O art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal estabelece que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), desse modo fica estabelecido o direito à privacidade de acordo com o gênero. A pena privativa de liberdade é cumprida em regime progressivo. Na fase inicial, há um controle maior do interno, limitando sua liberdade de forma completa. Já na fase final, o regime costuma ser aberto. O método utilizado para essa progressão é o comportamento do recluso. Esse sistema visa de certa forma, motivar o interno a participar de tarefas formadoras culturais e escolares. Em razão de seu caráter retributivo, a pena deve ser proporcional ao crime cometido, além de não poder passar da pessoa do condenado (SEDREZ, 2008, p.10).

Em 1984 foi aprovado no Brasil a Lei de Execução Penal, pelo projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel iniciado em 1983. A referida lei em seu artigo 1º diz que, 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. É importante observar que a Lei de Execução Penal foi estabelecida na tentativa de assegurar ao detento uma maneira humanitária e digna de ressocialização. Certamente, adota um caráter de extrema relevância para a sociedade. A lei prevê diretrizes e regulamentos para os diversos direitos e deveres do condenado durante sua permanência nas instituições penais.

A Lei de Execução Penal, garante ao preso ou internado, assistência material, em se tratando de higiene, instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico,

assistência jurídica, social, religiosa. O artigo 88 prevê que os prisioneiros sejam mantidos em celas individuais de pelo menos seis metros quadrados.

A Lei 12.433 em seu artigo 126, garante aos presos assistência educacional e para aqueles que estão estudando a redução de pena. A cada 12 horas de frequência escolar o preso tem um dia a menos de pena a cumprir, incluindo ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior ou ainda curso de requalificação profissional.

No artigo 31 da Lei de Execução Penal, diz que o Estado tem obrigação de oferecer trabalho remunerado ao presidiário. O salário de um preso, segundo a Lei não pode ser inferior a três quarto do salário mínimo. Os presos que trabalham não estão sujeitos ao regime da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) como décimo terceiro, férias, fundo de garantia, horas extras e aviso prévio e o dinheiro recebido por eles deve ser colocado em poupança para ajudá-lo quando ele conseguir a liberdade. Reconhece os direitos humanos dos presos (proibindo violência por parte de funcionários) e tem como principal objetivo a ressocialização dos detentos.

As instituições restritivas da liberdade são muitas, contudo, o sentido é o mesmo: privar o indivíduo de sua liberdade como forma de punição por atos que não são considerados corretos na sociedade em geral. A educação assume, então, um caráter preventivo e corretivo. Preventivo, pois oportuniza o indivíduo a entender seus direitos e deveres enquanto cidadão, e corretivo, pois passa a ser um caminho para a mudança, permitindo o desenvolvimento de uma visão crítica perante suas próprias atitudes e comportamentos no individual e no coletivo.

Santiago (2009) afirma que as limitações da liberdade são utilizadas como punição e questiona as medidas que o sistema prisional tem para possibilitar ao detento vencer as barreiras que lhe são impostas, indo além e questionando se unicamente por retirá-lo do convívio social o problema da marginalidade será atenuado. É bastante comum ouvir nas mídias notícia de rebeliões e fugas de presídios brasileiros. A situação é caótica em algumas instituições, existindo casos de condições subumanas, locais infectados, local com higienização precária, alimentação inadequada. Camargo (2008) complementa a esse respeito que, "sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares praticadas por criminosos". (CAMARGO, 2008, p.1)

> Boa parte dos estudiosos do Direito Penal, afirma que como sistema, a prisão é uma instituição quase falida e que sua manutenção se justifica, ainda somente pela impossibilidade de que alguns criminosos de alta periculosidade desfrutem do convívio social (GONZAGA, 1994, apud SANTIAGO, 2009. p. 305)

Entre o proposto pela Lei de Execução Penal, e o vivido o que se percebe é que realmente o sistema carcerário no Brasil está em ampla decadência. Como diz Camargo (2008 p. 2) às prisões "são verdadeiros depósitos humanos", onde a superlotação promove violência sexual entre os detentos, doenças sexualmente transmissíveis proliferem, existem o consumo de drogas dentro dos presídios, sem contar na violência onde o mais forte coage e subordina o mais fraco.

A Lei de Execução Penal prevê boas condições de higiene nas instalações presidiárias, mas a realidade hoje não é bem assim. Muitos dos presos estão submetidos a péssimas condições higiênicas, as celas com grande número de presos exalam odores quase insuportáveis.

> Conhecer a realidade prisional, bem como aproximar da história de quem cumpre a condenação, pode causar impacto, já que é algo rechaçado, temido e afastado da sociedade. O homem condenado a pena privativa da liberdade passa anos de sua vida nesse mundo, que tem regras e leis próprias. Sabe-se da carência do Estado, da falta de políticas voltadas ao interesse do Sistema Prisional e de sua falência. (PICKERING, 2006, p. 16)

Assim, é importante perceber que a situação do preso em geral deve ser entendida como um problema público, com questões que levam as autoridades a pensar em como preparar o preso e preparar a sociedade para recebê-lo em seu convívio. Como visto, além da Constituição Federal, há garantia do acesso dos detentos brasileiros à Lei de Execução Penal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394) e o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005), as quais preveem a educação no presídio como um direito do condenado justamente por serem o caminho de inclusão e ressocialização para a vida em sociedade, assegurando-lhes a oportunidade de um futuro melhor quando alcançarem a liberdade. Assim, o aprisionamento deixa de ser essencialmente um castigo, uma pena a ser cumprida e assume um papel socializador e reformador.

4 PRESÍDIOS BRASILEIROS: SITUAÇÃO DO PRESO

Santiago (2009) afirma que as limitações da liberdade são utilizadas como punição e questiona que medidas o sistema prisional tem para possibilitar ao detento vencer as barreiras que lhe são impostas? Somente retirá-lo do convívio social irá resolver o problema da marginalidade e consequentemente da exclusão social?

É bastante comum ouvir nas mídias notícia de rebeliões e fugas de presídios brasileiros, a situação é caótica em algumas instituições, existem casos de condições subumanas, locais infectados, local com higienização precária, alimentação inadequada. Camargo (2008, p. 1) complementa a esse respeito que, "sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares praticadas por criminosos".

> Boa parte dos estudiosos do Direito Penal, afirma que como sistema, a prisão é uma instituição quase falida e que sua manutenção se justifica, ainda somente pela impossibilidade de que alguns criminosos de alta periculosidade desfrutem do convívio social (GONZAGA, 1994, apud SANTIAGO, 2009. p. 305)

UNILASALLE CANOAS-RS

Entre o proposto pela Lei de Execução Penal (LEP) e o vivido o que se percebe é que realmente o sistema carcerário no Brasil está em ampla decadência. Como diz Camargo (2008 p. 2) às prisões "são verdadeiros depósitos humanos", onde a superlotação promove violência sexual entre os detentos, doenças sexualmente transmissíveis proliferem, existem o consumo de drogas dentro dos presídios, sem contar no na violência onde o mais forte coage e subordina o mais fraco.

A LEP prevê boas condições de higiene nas instalações presidias, mas a realidade hoje não é bem assim. Muitos dos presos estão submetidos a péssimas condições higiênicas, as celas com grande número de presos exalam odores quase insuportáveis.

> Conhecer a realidade prisional, bem como aproximar da história de quem cumpre a condenação, pode causar impacto, já que é algo rechaçado, temido e afastado da sociedade. O homem condenado a pena privativa da liberdade passa anos de sua vida nesse mundo, que tem regras e leis próprias. Sabe-se da carência do Estado, da falta de políticas voltadas ao interesse do Sistema Prisional e de sua falência (PICKERING, 2006, p. 16)

Assim, é importante perceber que a situação do preso em geral deve ser entendida como um problema público, com questões que levam as autoridades a pensar em como preparar o preso e preparar a sociedade para recebê-lo em seu convívio.

Como visto da LEP a educação no presídio é um direito do condenado e como se sabe bem, a educação tem o poder de transformar a vida de uma pessoa e em um universo tão diversificado como é uma prisão é importante que construir uma nova forma de trabalhar a pedagogia prisional.

A Lei 12.433/2011, da Execução Penal, em seu artigo 126, inciso I, garante aos presos assistência educacional e para aqueles que estão estudando a redução de pena. A cada 12 horas de frequência escolar o preso tem um dia a menos de pena a cumprir, incluindo ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior ou ainda curso de requalificação profissional.

No artigo 31 da Lei de Execução Penal, diz que o Estado tem obrigação de oferecer trabalho remunerado ao presidiário. O salário de um preso, segundo a Lei não pode ser inferior a três quarto do salário mínimo. Os presos que trabalham não estão sujeitos ao regime da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) como décimo terceiro, férias, fundo de garantia, horas extras e aviso prévio e o dinheiro recebido por eles deve ser colocado em poupança para ajudá-lo quando ele conseguir a liberdade. Porém, o preso que trabalhar 3 horas por dia, terá direito a um dia de remissão da pena, conforme o artigo 126, inciso II, da Lei de Execução Penal.

5 A EDUCAÇÃO NO PRESÍDIO: FERRAMENTA DE REINTEGRAÇÃO DO PRESO

Falar em educação e não citar Paulo Freire seria uma injustiça. Para ele, ensinar é muito mais que uma profissão; é uma aceitação de desafios. Freire lutou exatamente por pessoas marginalizadas, esquecidas da sociedade e acreditava que, o saber, torna a pessoa agente de suas decisões, portanto, pela educação o ser humano se liberta da opressão, ainda que fisicamente esteja (FREIRE,1996).

Na prisão, para que o ensino se torne efetivo é preciso que haja motivação para aprender e, é ai que entra o profissional competente que ama o trabalho que desenvolve e buscará métodos e técnicas de ensino que transforme a maneira dos educando para aprendizagem.

Santiago (2009) afirma que é preciso a construção de uma escola que esteja voltada para a transformação social, pautada na autonomia, na edificação de relações que gerem paz, equidade, justiça, no respeito às diferenças e na inclusão social.

> O princípio fundamental da educação escolar, que é por essência transformador, aponta o tempo-espaço da escola como possibilidade enquanto a cultura prisional, caracterizada pela repressão, pela ordem e disciplina, visando adaptar o indivíduo ao cárcere, aponta para um tempo-espaço que determina mecanicamente as ações dos indivíduos (ONOFRE, 2010, p. 3).

Na educação de jovens e adultos no sistema prisional, assim como em qualquer instituição educacional é preciso que o conhecimento prévio do aluno seja respeitado e aproveitado na formação da aprendizagem significativa.

Vale acrescentar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96) preconiza a educação para as pessoas que não puderam por alguma razão efetivar sua formação acadêmica de acordo com sua faixa etária, demonstrando respeito ao cidadão e a democratização do ensino (BRASIL. LDB, 9394/96).

A educação no presídio é um desafio, tendo em vista a história de vida de cada detento, sua origem, formação cultural, condição física e psicológica, enfim, são muitos os entraves que ocorrem para que não aconteça à aprendizagem, fato que deve ser trabalhado de mais taxativa diante da importância da formação acadêmica para o indivíduo na sociedade, defendendo assim, a formação, incentivo e permanência dos alunos nas escolas nos presídios.

> Para a construção dessa escola, há que se considerar se existe descompasso entre o que ela deve e o que pode fazer no interior das prisões. A proposta educacional traçada para essas escolas, ao explicitar as concepções sobre o homem, sobre o mundo e sobre a educação e a produção de conhecimento, enfatiza que a educação, para ser válida, deve levar em conta tanto a vocação ontológica do homem (vocação de ser sujeito), quanto as condições nas quais vive (contexto). Toda ação educativa

> deve, portanto, promover o indivíduo, e este deve transformar o mundo em que está inserido, não se tornando um instrumento de ajuste à sociedade (ONOFRE, 2010, p.5).

A visão pedagógica do professor que atende o aluno no sistema penitenciário deve ser pautada na intenção de motivar o aluno-detento a retomar sua vida, após sua liberdade.

É certo que após muito tempo na prisão, os reclusos vão se tornando frios e até mesmo descrentes com a própria sorte, mas a escola pode através das práticas pedagógicas para a diversidade e inclusão social, chamar o aluno para a vida, com aulas inovadoras e dinâmicas, estabelecendo propostas que valorizem o respeito por si e pelo próximo.

Outra questão que pode ser levantada e a integração de uma disciplina que prepare o detento para retornar a sociedade (objetivo da Lei de Execução Penal) com aulas teóricas e práticas. Com auxílio de profissionais psicólogos, psicopedagogos, dentre outros, é possível criar um núcleo de ensino para que o detento seja instigado se dispor de maneira digna a aprender a se comportar ao sair da prisão.

> A educação no sistema prisional, enquanto prática sócio-cultural é um processo político-educativo marcado pela heterogeneidade e animado pelo desejo de descobrir sempre novas forças sociais comprometidas com a mudança, portanto, não se admite sua submissão a uma lógica determinista e fatalista, que mais aprisiona que liberta as pessoas (SANTIAGO, 2009, p. 313).

Acredita-se assim, que através do respeito à diversidade, ao combate a exclusão social e a busca de uma sociedade justa e igualitária será possível construir uma sociedade harmônica e transparente, reconhecendo em cada cidadão seus limites e possibilidades.

Assim, é importante perceber que a situação do preso em geral deve ser entendida como um problema público, com questões que levam as autoridades a pensar em como preparar o preso e preparar a sociedade para recebê-lo em seu convívio. Como visto, além da Constituição Federal, há garantia do acesso dos detentos brasileiros à Lei de Execução Penal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394) e o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005), as quais preveem a educação no presídio como um direito do condenado justamente por serem o caminho de inclusão e ressocialização para a vida em sociedade, assegurando-lhes a oportunidade de um futuro melhor quando alcançarem a liberdade. Assim, o aprisionamento deixa de ser essencialmente um castigo, uma pena a ser cumprida e assume um papel socializador e reformador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Educar o indivíduo é promover seu desenvolvimento enquanto ser humano, visando um processo de humanização, preparando-o para viver no meio social.

A educação é o caminho que permeia este processo de reconstrução, permitindo um novo entendimento sobre a sociedade, convivendo com os diferentes padrões e seguindo as regras regidas pela lei. A educação no presídio é um, tendo em vista a história de vida de cada detento, sua origem, formação cultural, condição física e psicológica, enfim, são muitos os entraves que contribuem para a não aprendizagem, fato que deve ser trabalhado de maneira mais impositiva diante da importância da formação acadêmica para o indivíduo na sociedade, defendendo assim, a formação, incentivo e permanência dos alunos nas escolas nos presídios.

Como resultados da pesquisa bibliográfica realizada, compreendeu-se que a educação na prisão favorece ao detento a oportunidade de desenvolver sua potencialidade intelectual, fortalecer sua autoestima e assegurar seu direito como cidadão. Isso porque ocorre um processo de valorização da pessoa sob o aspecto humanizador: a pessoa reclusa passa a verificar a existência de possibilidades

para um futuro melhor. A educação abre caminhos para a aquisição de novos conhecimentos e o aprimoramento de ofícios para o mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar R. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. 3. ed. Rio de Janeiro: Moderna, 2005.

BRASIL. Lei de execução penal - lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/leis/arquivo13.html> Acesso em 20 jan 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: http:www.planalto.gov.br

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Código de Processo Penal. 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

Lei nº 12.433 de 30 de junho de 2011, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm Acesso em 30 de maio de 2016

CAMARGO, Virgínia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 33, 30/09/2006. Disponivel em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&a> Acesso em 29/01/2011.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>. Acesso em: 29 jan. 2011.

MISCIASCI, Elizabeth. Como surgiram os cárceres. Revista Zap. Disponivel em: < http://www.eunanet.net/beth/revistazap/topicos/inicioprisoes1.htm> Acesso em: 29 jan 2011.

PICKERING, Viviane Leal. Manifestações de violência e sofrimento psíquico na prisão: fragmentos dos discursos do sujeito cumprindo pena privativa de liberdade. Porto Alegre, 2006. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito PUCRS. Disponível em: < http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2007-03-05T121451Z-389/Publico/387494.pdf> Acesso em 29 de jan 2011.

SEDREZ, Marília. A Privatização das penitenciárias. Monografia submetida a universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – 2008. Disponível em: < http://siaibib01.univali.br/pdf/Marilize%20Sedrez.pdf> Acesso em: 20 jan 2011.

DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: EM TEMPOS DE BIOPOLÍTICA

Dr. Jackson Bentes[1]
Ms. Marcelo Piantkoski[2]
Rafaela M. Salves[3]

RESUMO: Neste trabalho sustenta-se a tese de que, a lei dos Direitos Humanos visa assegurar na sociedade a existência digna da pessoa, ao mesmo tempo em que, sua negação põe em evidência o poder de decidir sobre a "mera vida", a "vida nua". Este termo usado por Walter Benjamin (1991), em "Para uma crítica da Violência" (*Zur Kritik der Gewalt*), indica o poder que é, ao mesmo tempo, violência e que remete à culpabilização da "mera vida natural" do inocente e redime o culpável não de uma culpa, e sim do direito. A metodologia usada para comprovar esta tese se pauta em uma pesquisa teórica e, no decorrer uma análise das imagens que denunciam a violência contra a "mera vida". Deste modo, presenciamos em nossa sociedade contemporânea a *biopolítica* assumir o estatuto da *tanatopolítica*, quando o homem contemporâneo legisla em causa própria o direito de decidir no estado de exceção quem deve viver e quem deve morrer. Esta questão está imbricada com a necessidade de esclarecer alguns conceitos que nas relações do cotidiano ainda não estão entendidos.

PALAVRAS-CHAVE: Biopolítica. Mera vida. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO À QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A questão sobre os Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos convoca à reflexão sobre a dominação do direito sobre o ser vivente, que por sua vez, evoca o pensamento à outra questão que implica a "mera vida", a saber, o poder. E nesse sentido a filosofa Hannah Arendt é inspiradora para esta reflexão ao afirmar: "O poder," disse Voltaire, "consiste em fazer com que os outros ajam como eu quero". (ARENDT, 1969).

Garantir aos seres humanos os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos seria como flagrar a maior manifestação do poder: a violência. A violência e a barbárie atingem altos níveis de deterioração humana, agravado pela brutalidade urbana e a maneira vil do ser humano enxergar o próximo.

Diariamente é possível presenciar cenas ou situações nas quais os direitos fundamentais e humanos são violados. Milhares de homens, mulheres e crianças torturados até a morte, violentados, baleados, humilhados, privados de uma alimentação digna e tem os cuidados com a saúde negligenciados. Situações estas, que vão contra aquilo que exaltamos como Direitos Humanos. Observa-se na sociedade, uma decadência no que diz respeito aos valores morais e éticos e, consequentemente, a dignidade da pessoa humana é, muitas vezes, deixada de lado. Como uma forma do Estado se manifestar perante situações nas quais os seres humanos são submetidos e garantir o direito de viver, os Direitos Fundamentais estão positivados no Ordenamento Jurídico para garantir aqueles direitos naturais, que "*cabem ao homem só pelo fato de ser homem*". (Silva, 2005, p. 176).

Este trabalho apresenta inicialmente a gênese do conceito dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos. Os primeiros foram abordados na Constituição Federal de 1988, pode-se apresentar os Direitos Fundamentais como aqueles direitos reconhecidos e positivados pela Constituição de um Estado. No mesmo afã, os Direitos Humanos, surgem para assegurar uma existência digna. Assim, não se pode negar sua inerência ao ser humano, nem obstante sua raça, cor, etnia, crença ou ainda religião.

1 jackson.bentes@lasalle.org.br
2 marcelo.piantkoski@lasalle.org.br
3 rafamcs19@yahoo.com.br

Baseado no princípio do respeito entre os indivíduos, pode-se firmar, em sua universalidade, a seguridade de proteção e garantia da liberdade e da dignidade dos seres humanos.

Em seguida, apoiado na premissa que o escrito sobre o direito à vida tende a algo fora dele próprio, apresenta-se uma crítica com a proposição de que o direito à vida só pode estar fora por pressupor a própria vida. A vida real na contemporaneidade está atrelada às redes sociais. Foi o que presenciamos com a viralização das imagens de Aylan, uma criança síria de três anos encontrada morta em uma praia da Turquia[4]. Em vida, garantida pelos direitos, ela teve como alternativa se refugiar[5] no mar e, após o naufrágio, foi exposta pelas redes sociais. Destino tragicamente similar teve um menino africano[6] que fora encontrado morto dentro do freezer de um apartamento da sua própria família, na cidade de São Paulo.

A crítica à violência sofrida pelas crianças, não somente fere-as mas também fere os direitos fundamentais e os direitos humanos, comprometendo os seres humanos à condição marginal de matabilidade. Consideremos assim, que a matabilidade, está associada ao poder de decidir sobre a "vida nua", posta em evidencia no compromisso do ser humano com a lei e, esta por sua vez revela a face oculta do poder.

No terceiro momento do trabalho, apresenta-se a questão da "vida nua", posta em cena em um texto de Benjamin de 1991, intitulado "Para uma crítica da Violência" (*Zur Kritik der Gewalt*). Neste texto, o filósofo alemão destaca o termo "Gewalt", que indica o poder que é, ao mesmo tempo, violência. O filosofo chama de violência mítica (*mytischen Gewalt*) quando se refere àquela violência que remete à culpabilização da "mera vida natural" (*blossen natürlichen Lebens*), "que põe o inocente e infeliz vivente em mãos da expiação para purgar essa culpa" e que de forma inconteste, "por sua vez, redime o culpável não de uma culpa, e sim do direito" (BENJAMIN, *apud* TIBURI, 2014, p. 10).

Walter Benjamin afirma que "a dominação do direito sobre o ser vivente não transcende a 'mera vida'". Afirmado isto, é necessário trazer à tona a insistência benjaminiana denunciadora de que "a violência mítica é a violência sangrenta sobre a mera vida". (BENJAMIN, *Apud* Tiburi, 2014, p.11).

À caminho de considerações finais, se faz necessário abordar como, em tempos de uma contemporaneidade que se guia pela astucia da razão, a *biopolítica* assume o estatuto de *tanatopolítica*, quando o homem contemporâneo legisla em causa própria sobre o direito de decidir no estado de exceção quem deve viver e quem deve morrer. O significado biopolítico do estado de exceção, enquanto estrutura original na qual o direito inclui em si o sujeito vivente por meio de sua própria suspensão aparece na "military order" (AGAMBEN, 2004, p.14)[7]. Assim, se faz necessário dizer que a incerteza do conceito corresponde a incerteza terminológica. Por isso, quando se faz uma escolha conceitual, ela não é neutra.

2 A GÊNESE DOS DIREITOS HUMANOS EM SUA FUNDAMENTAÇÃO CONTRACTUALISTA

Para elucidar o problema conceitual é necessário explicitar e contextualizar o que significam os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais. Segundo Schmitt (apud Bonavides, 2003) designa que "*os direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional"*. (Bonavides, 2003, p. 561). Esses direitos são garantidos na Constituição

4 Crianças sírias refugiadas http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150903_pai_sirio_ab

5 Convenção de 1951 http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/

6 Criança encontrada morta, dentro do freezer http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1678636-menino-encontrado-morto-em-freezer-em-sp-sofria-agressao-diz-familiar.shtml?cmpid=facefolha

7 O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da Guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite (Agamben, 2004, p.15).

como liberdades públicas, e nasceram como um refúgio de defesa da pessoa humana contra os excessos arbitrários do Estado. Os ensejos da verdadeira justiça contra a violência agrupam-se no Ordenamento Jurídico.

A Constituição Federal Brasileira, em seu Art.1º, inciso III, dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana*. O direito à vida está assegurado pelo Art. 5º, caput. Ele, remete à ideia de um direito natural, que tem como arcabouço inicial todos os outros direitos[8]. Sendo este um direito inviolável, tem-se como escopo, proteger a vida do ser humano de toda e qualquer ameaça à sua integridade, compreendendo, inclusive, qualquer ação violenta e cabe ao Estado assegurar-lhe este direito de duas maneiras: garantia do direito de estar vivo e condições de uma vida digna.

José Afonso da Silva (2014) faz considerações sobre a vida, como objeto de direito:

> Vida, no texto constitucional (Art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. [...] A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no Art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. (SILVA, 2014, p.199).

Os direitos fundamentais ocupam assim, lugar assegurado e legítimo para que a vida humana esteja em primeiro plano. O Estado por meio do contrato social deve ser o defensor desses direitos, como já analisaram os autores contractualistas Hobbes (1675) e Locke (1690).

Para Thomas Hobbes (1588 - 1679) a necessidade da convivência harmoniosa, com regras e subordinação política, fazia do contrato social algo imprescindível na sociedade e no Estado. Seu argumento de que *"O homem é o lobo do homem"*, poderia ser interpretado como a guerra de todos contra todos, pois acreditava que o ser humano era vil por natureza e, uma convivência harmoniosa entre os indivíduos, exigia uma sociedade disciplinada por meio de um pacto social. Assim, o Estado seria o artifício humano capaz de sanar desordens, por meio da figura do soberano, em seu livro o Leviatã.

Na obra "Leviatã" (1675), Hobbes apresenta sua teoria sobre o contrato social, na qual os indivíduos de uma sociedade são naturalmente, egoístas e amorais e, não têm condições de viver em uma sociedade natural, pois seria cada um por si, onde os fortes prevaleceriam sobre os mais fracos. Sua ideia, posteriormente, foi refutada por John Locke (1632 – 1704), o qual discorreu que o ser humano é inerentemente moral.

Oposto ao pensamento de Hobbes, Locke (2005) afirma que o estado de Natureza é um estado de paz e harmonia com homens dotados de razão e consumidores da liberdade e dos direitos naturais, o que garantiria ações de acordo com a lei da natureza.

O filósofo (1978) descreve o estado de natureza como: "a condição na qual o poder executivo da lei da natureza permanece exclusivamente nas mãos dos indivíduos, sem se tornar comunal", e

---

8 Durante reunião em Genebra em março de 2016, a relatora da ONU, Victoria Tauli-Corpuz, criticou a extinção do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos no Brasil, assim como o fim do Ministério da Cultura. O que é inviolável agora é violado. Fonte: https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/

ainda completa que por meio deste estado todos os homens teriam o destino de preservar a paz e a humanidade, e evitar ferir os direitos dos outros. (LOCKE, 2005, p.15).

Diante do exposto, para Locke, os direitos naturais são resultados da lei da natureza, constituindo-se em universais e estendidos a todos os indivíduos, independente de sua posição social e sendo os seres humanos iguais, é inexequível que se cause danos à vida, à propriedade, à saúde e à liberdade de cada indivíduo, pois a sociedade civil é um conjunto de indivíduos ligados entre si por um vínculo jurídico e político (FOUCAULT, 2008, p.404).

Desta forma, a noção de direito à vida, pode ser associada a um direito natural, inato e o primeiro documento que consagrou esse direito, de uma maneira mais próxima da noção de direitos humanos e fundamentais, diz a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, que em seu Art. 1º, abarca a vida no rol dos direitos inerentes à pessoa humana[9].

Para o filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio (2004), a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser acolhida como a maior prova consensual entre os seres humanos. Para ele, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma inspiração e orientação para o desenvolvimento da comunidade internacional, no sentido de uma sociedade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais.

Quanto aos Direitos Fundamentais, estes estão assegurados de acordo com a Constituição de cada País, e no Brasil, a em sua Constituição Federal de 1988, contempla em seu Art. 5º, *caput*, o direito à vida é contemplado como um direito inviolável e fundamental.

O Estado contemporâneo surge de uma filosofia política que o garante pela necessidade de resguardar os Direitos Fundamentais, conservando os direitos naturais, imprescindíveis ao ser humano.

O jurista brasileiro Sarlet (2008) aclara o conceito de 'Direitos Humanos', como aquele que "guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal". Enquanto os 'Direitos Fundamentais', segundo o autor "são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". (SARLET, 2008, p.35).

Os Direitos Fundamentais, que constam na Constituição Federal de 1988, são compostos por regras e princípios, que não estão limitados apenas aos direitos humanos. Estes visam assegurar a existência digna da pessoa humana, tendo sua eficácia garantida juridicamente.

O filósofo Robert Alexy (2001) defende que um direito fundamental deve manifestar, ao menos, cinco traços:

> 1) Ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um. (Alexy, 2001, *apud* Ferreira Filho, 2011, p.123)

Ferreira Filho defende que os direitos declarados são *imprescindíveis*, por fazer parte da natureza imutável do homem; *inalienáveis*, pois não se admite abrir mão da própria natureza humana; *individuais*, pois o ser humano é um ente completo e independe de uma vida em comunidade e, por fim, *universais*, por pertencer a todo e qualquer ser humano, independente do lugar no qual este habita. (Ferreira Filho, 2011, p.40,41).

---

9 Da segunda metade do século XVIII até o século XX houve uma profusão de documentos sobre o tema, discutidos mundialmente, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que converge o que fora abordado em documentos anteriores, afirmando que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Deste modo, ainda que metamorfoseados no confronto com a linguagem, os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, devem ser entendidos em sua essência, cientes de que a *sacralidade da vida*, que, sob a forma das declarações dos direitos do homem e do cidadão, infundem as constituições republicanas, pois não há natureza humana dissociável do próprio fato da sociedade. (FOUCAULT, 2008, p.406).

Na análise de Foucault (2008), é a sociedade civil que assegura a síntese espontânea dos indivíduos. Nessa metamorfose, ao se considerar o bando[10] como *exceptio*, há que se deixar de considerar as declarações de direitos fundamentais como proclamações de valores eternos metajurídicos, em prol de sua função histórica real, como dispositivo de inserção da vida no âmbito que incide na decisão soberana.

3 POR UMA CRÍTICA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS CRIANÇAS

A crítica à violência pode ser feita diretamente ao Estado e aos responsáveis pelo governo deste. Não é admissível que os mecanismos de produção continuem gerando uma "cultura da violência", na qual as reivindicações pelo direito à vida ocupam o último lugar nos graus de importância da sociedade. Esta "cultura da violência" prece caracterizar o estado de exceção.

Neste estado de exceção as pessoas ocupam o lugar do *exceptio* e nele os dispositivos de controle se tornam dispositivos de decisão do soberano. É neste sentido que a sociedade do espetáculo ocupa o lugar central na vida das pessoas, por exemplo, através das imagens que viralizam as redes sociais e dos "*trending topic*" no Twitter. Quando essas vidas refugiadas são inscritas na *produção circular do isolamento*. (DEBORD, 1997, p.23).

Crianças, por serem mais vulneráveis e indefesas, sofrem vários tipos de violência. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), garante em seu Art. 3º, que "*a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...]",* e esta garantia se reforça no Art. 5º, quando prescreve que *"nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade opressão [...]"*. A lei é válida no sentido de atentar a sociedade para que casos como o da criança síria encontrada morta na praia da Turquia, não se repitam. E da mesma forma, que não se repitam casos como do menino africano encontrado morto dentro de um freezer no apartamento da família, em São Paulo. E tal qual tragicamente é a situação da menina violentada por vários homens (estupro coletivo) em uma comunidade no Rio de Janeiro, colocando mais interrogações sobre a vigência dos Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais[11].

Um estudo realizado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas revela a natureza, extensão e causas da violência contra as crianças. O professor Paulo Sérgio Pinheiro, perito nomeado pelo Secretário-Geral para liderar o Estudo diz que "*Todas as pessoas têm um papel a desempenhar nesta causa, mas cabe aos Estados assumir a principal responsabilidade. Isso significa proibir todas as formas de Violência contra as Crianças, onde quer que aconteça e independentemente de quem a pratica, e investir em programas de prevenção para enfrentar as causas que lhe estão subjacentes*".

Ainda Debord (1997), mostra que a origem do espetáculo é a perda da unidade do mundo moderno, e tudo se torna mais evidente quando o conteúdo mistificado e sacralizado da "vida nua", na

---

10Ver Agamben. (2010). O *bando* representa, segundo o autor, o poder de absolver alguém, isto é, manter uma relação com um irrelato pressuposto.

11No campo da educação os números mostram que há muito a ser feito para atingir uma educação de qualidade. Enquanto 95% das crianças de 6 anos frequentavam a escola em 2011, apenas 76% das crianças de 12 estudavam e 48% dos adolescentes de 19 concluíram o ensino médio. Fonte: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/UN-Position-Paper-Population-Rights.pdf

forma de refugiados, marca as crianças pela corporeidade, tirando de cena a questão central e, se agiganta no espetáculo cujo *modo de ser concreto* é justamente a abstração. (DEBORD, 1997, p.23).

Agamben (2010) havia indicado que a "vida nua" ou a "mera vida" no estado de exceção está mais do que nunca submetida ao controle do sistema, seja ele liberal ou totalitário, ou, das classes ex-comunistas e extremista. E isto foi mostrado na Sérvia com o programa de "limpeza étnica"[12] (o massacre de Srebrenica em 1995)[13].

O que já seria o bastante para mostrar como a linha tênue que demarca, no estado de exceção, a decisão sobre a vida quando torna-se a decisão sobre a morte e, assim, a *biopolítica* assume a função da *tanatopolítica*, ou seja, agora o cálculo que o poder faz sobre a vida ocupa o regulamento oculto da morte dos outros. A morte dos outros é sempre estarrecedora e as vezes injusta, mas nos ajuda a estabelecer, em um esforço dialético a compreensão sobre a vida.

A linha divisória da *biopolítica* e da *tanatopolítica* na sociedade é uma linha em movimento, deslocando-se para zonas mais amplas da vida social e nela o soberano entra em simbiose com o jurista, com o médico, o cientista, o sacerdote, enfim, com todos os quais passam a decidir sobre a "vida indigna de ser vivida". (AGAMBEN, 2010, p.119).

Para Agamben (2010) os eventos políticos na história da humanidade, como a declaração dos direitos representam uma tentativa desesperada de instruir o ser humano. Logo, este mesmo autor (2010) registra a "vida nua" como sujeito político no documento colocado na "base da democracia moderna: *o writ de Habeas corpus* de 1679". (p.120). Continuando, "o *corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste "corpo": *habeas corpus ad subjiciendum,* deverás ter um corpo para mostrar*"*. (AGAMBEN, 2010, p.120).

Deste modo se compreende os motivos a expor o debate sobre o corpo, por tanto, é válido ressaltar que o "*corpus* é um ser bifronte, portador tanto de sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais". (AGAMBEN, 2010, p.121). A discussão sobre o corpo é algo que vem de longa data tanto o corpo natural quanto o corpo político, mantendo assim, a linha tênue entre a política e a "vida nua".

UNILASALLE
CANOAS-RS

4 QUANDO A *BIOPOLÍTICA* QUE SE CONVERTE EM *TANATOPOLÍTICA*

No início de suas pesquisas Foucault (1997) busca elaborar um processo para apreender como se dá a análise que garante entender os mecanismos que corroboram ao pensamento. E nos últimos anos de sua vida ele orienta "suas pesquisas para aquilo que definia como *biopolítica. (AGAMBEN, 2010, p.116).*

As suspeitas foucaultianas o levam a crer que a vida natural –e a morte- do homem está implicada nos mecanismos de controle e calculada pelo poder. Na verdade, ele acredita que não existe apenas "o poder", mas sim, relações de poder dadas nos estados totalitários.

Hannah Arendt (1969) também fala dessa relação de poder, de uma forma muito singular. Ela acredita que o poder não é uma forma de submissão, ponderando que a convivência harmoniosa entre os indivíduos gera o poder e que qualquer pessoa que se prive dessa convivência, renuncia a ele.

---

12 Nominado de "açougueiro dos Balcãs", o comandante do massacre de Srebrenica em 1995, no qual mais 8 mil meninos e homens muçulmanos foram assassinados, em apenas dois dias. Fonte: http://www.cartacapital.com.br/internacional/o-maior-massacre-desde-a-segunda-guerra-mundial

13O acordo de Dayton em Paris, a 14/12/1995, cessou a guerra que envolvia três grupos étnicos e religiosos da região: os sérvios cristãos ortodoxos, os croatas católicos romanos e os bósnios muçulmanos. É o conflito mais prolongado e violento da Europa desde o fim da II Guerra Mundial, durou mais de três anos, com cerca de 200.000 vítimas entre civis e militares e 1,8 milhões de deslocados, de acordo com relatórios recentes. Do total de 97.207 vítimas documentadas, 65% eram muçulmanos bósnios, 25% sérvios e 8% croatas. Entre as vítimas civis, 83% eram bosníacos, 10% sérvios e mais de 5% eram croatas, e outros. Pelo menos 30% das vítimas civis bósnias eram mulheres e crianças. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_da_Bósnia

Porém, esse poder do qual Arendt se refere, não faz uso da violência, (conf. LAFER,1988, p.209 - 210): "A violência destrói o poder, mas não o cria ou substitui, pois o poder para ser gerado exige a convivência, e a violência se baseia na exclusão da interação/cooperação com os outros". O poder tem origem nas relações entre os indivíduos, os quais atribuem dignidade e racionalidade à esta relação com o poder.

Como atenta Foucault (1997) os princípios norteadores de toda ação humana, estão na vontade de saber. Este desejo de saber foi colocado como sendo ao mesmo tempo, universal e natural. Trata-se, no entanto, de identificar nesse modelo de um conhecimento fundamentalmente interessado, em que medida foi produzido como acontecimento do querer e determinado como tal. E está fundado no pertencimento primeiro que é manifestado pela própria sensação. Na afirmação de Foucault (1997), é este que assegura a passagem para outros conhecimentos.

Por isso, nessa análise da vontade de saber, o filósofo cria instrumentos que permitirão analisar os mecanismos subterrâneos da vontade de saber e mostra que o poder de fazer viver e deixar morrer, não encontra-se derrocado pela *biopolítica* e pela racionalidade do estado na contemporaneidade. Disfarçadamente ele opera com ressignificações no racismo politico por exemplo, que Foucault aborda nos seus cursos no Collège de France entre 1975 e 1976, e aqui não temos espaço para tratar a questão.

A produção do conhecimento, nesse caso, necessita dessa análise da vontade de saber, que desencadeia na descoberta de um acontecimento já determinado e, subtrai deste o "direito à vida", de acordo com as investigações foucaultianas. (FOUCAULT *apud* AGAMBEN, 2010, 118).

Por isso, Agamben remete-se a essa investigação foucaultiana, por acreditar nela o sexo é colocado sutilmente como "tema de debate político", afinal o que se pode ser além do corpo já é exposto, perguntaria Foucault?

Em tempos de "vida nua", colocada em cena pelas redes sociais, o debate sobre o corpo expõe o processo no qual Foucault (1997, p.89) explicita como se dá a racionalização dos "problemas propostos à prática governamental, pelos fenômenos próprios a um conjunto de seres vivos constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, raças..., é só a ponta do *iceberg* a indicar a avalanche que produzirá a ação do soberano sobre o sujeito"[14].

O fato é que uma mesma reinvindicação da "vida nua" conduz, nas democracias burguesas, a sua primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas. (AGAMBEN, 2010).

Em suma, é a vida biológica e suas necessidades, que assim pode ser medida, passa a determinar a relação das pessoas, tornando-se por toda parte o fato *politicamente* decisivo. Por este mesmo motivo, também, se justificam as relações de controle e dominação. Assim, a política, já havia se transformado em *biopolítica,* e destinada a cumprir seu papel de criar a forma de organização dos corpos.

Porém, uma forma que assegurasse a organização dos corpos, o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. E disfarçadamente, a *biopolítica* vai converter-se em *tanatopolítica*, pois, ela deliberará, no estado de exceção, quem terá o direito de viver e quem terá o direito de morrer. (AGAMBEN, 2010, p.19).

Como outrora os campos de concentração se tornaram o campo de exposição dos corpos nus, na modernidade, a rua[15], o trilho do trem[16], torna-se o campo de exposição dos corpos que foram

---

14A noção de *biopoder* embasa uma crítica do contrato social, mito de fundação da modernidade, cuja hegemonia atrela as categorias da política à figura do Estado, como organização jurídica da *civitas*.

15 Série de ataques deixa 19 mortos na Grande São Paulo:
http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/serie-de-ataques-deixa-20-mortos-na-grande-sao-paulo/

transformados em "mera vida". Ainda hoje a questão de Levi (1988) procede: "pensem bem se isto é um homem que trabalha no meio do barro, que não conhece paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por um não". (LEVI,1988, p.9).

Está dada a nova tarefa, que começou na escuridão, orientada pela ciência moderna, mas que precisa reconhecer que a "verdadeira ordem da experiência começa por acender o lume"; com este, em seguida, aclarar o caminho, para o indivíduo que objetivou seu próprio 'eu', na tentativa de "constituir-se como sujeito", e no mesmo ato inexplicável prender-se ao poder que lhe é externo, mas que o aprisiona e o controla. (AGAMBEN, 2008, p.25).

Deste modo, pode apontar como característica do poder tratar como valor e como desvalor o sujeito, conforme seja necessário para o cálculo do próprio poder. Nesse sentido devemos pensar sobre a vida administrada, uma vida na qual o sujeito está entregue à economia.

5 O CONTEMPORÂNEO "NU" E A IMPOSSIBILIDADE DA EXPERIÊNCIA

Na modernidade é o sujeito da filosofia[17], ao qual faz-se referência, que concebe a experiência e o conhecimento como duas esferas autônomas (AGAMBEN, 2008, p. 25).

No processo de objetivação do próprio "eu" e constituição do sujeito, quanto mais dispositivos[18] são criados na tentativa inelutável de sujeição dos sujeitos às diretrizes do poder, melhor, esses dispositivos se configuram. Na contemporaneidade o dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre em uma relação de poder. (AGAMBEN, 2009, p. 29).

Vale trazer à tona a definição de Agamben (2009) sobre o contemporâneo, quando o mesmo afirma que, pode "dizer-se contemporâneo apenas quem não se deixa cegar pelas luzes do século e consegue entrever nessas a parte da sombra, a sua íntima obscuridade". O "eu" posto em jogo está sob a égide do controle.

Assim, ser contemporâneo, ao contrário do que se possa conjecturar, não se trata de determinações cronológicas em relação ao que deve perdurar em nosso tempo, é muito mais um alerta, para que o sujeito não se deixe cegar pelas luzes do século do seu tempo.

Benjamin (1985) já havia feito este alerta, quando apresenta a afirmação de Adolf Loos, de que seja conveniente somente escrever àquelas pessoas capazes de entender-se em seu tempo. "Só escrevo para pessoas dotadas de uma sensibilidade moderna... Não escrevo para os nostálgicos ardentes do Renascimento ou do Rococo". (BENJAMIN, 1985, p.116).

As agudas indagações contemporâneas são oriundas dessa falta de sensibilidade a qual Benjamin denunciara e foi destacada pelo artista que rejeita a imagem do homem tradicional, solene e nobre, ou como ele próprio denomina, "o contemporâneo nu, deitado como um recém-nascido nas fraldas sujas de nossa época". (BENJAMIN, 1994, p.116).

Afinal, esta incrível incapacidade de traduzir as experiências do cotidiano, é insuportável ao homem contemporâneo. Para exemplificar melhor, basta olhar para os casos das crianças sírias encontradas morta na praia da Turquia, juntamente com outros refugiados, e do menino africano que foi encontrado morto dentro de um freezer no apartamento de sua família, em São Paulo. E ainda o corpo do jovem que ficou sob os trilhos do trem, em todos os casos os direitos fundamentais e os

16 Ver sobre o trem que passou por cima de um corpo de uma pessoa, em Madureira - RJ. http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/supervia-afirma-que-trem-que-passou-por-cima-de-corpo-tinha-altura-mais-do-que-suficiente-para-faze-lo-30072015

17 Ver Bombassaro. Racionalidade e historicidade devem ser consideradas a base do propriamente humano, o bastidor sobre o qual se configura tudo que diz respeito ao homem, dos seus desejos às suas realizações. (p.13).

18 Ver Agamben. O autor considera que a palavra dispositivo seja um termo técnico decisivo na estratégia do pensamento de Foucault. (2009, p.27).

UNILASALLE CANOAS-RS

direitos humanos foram transgredidos e consequentemente os seres humanos comprometidos com a violação destas vidas.

O princípio da dignidade humana foi ferido. Se todos os indivíduos de uma sociedade nascem e morrem com os mesmos direitos e deveres, inclusive com o direito à vida, então, qual o motivo de tanta violência e desigualdade ao redor do mundo?

A dignidade é intrínseca a todos os indivíduos e sua condição humana deve ser respeitada tanto pelo Estado, quanto por qualquer ser humano, os quais não tem o direito de decidir tirar a vida de alguém. No caso das crianças citadas, esse direito dos indivíduos, foi violado de forma abominável e cruel, expondo ao mundo as atrocidades que o ser humano é capaz de fazer sem pensar no outro.

Na história da humanidade, a percepção acompanha o modo de existência, mas compreender a percepção de acordo com a ótica desta época, procurando os motivos que levaram a sociedade a tal desumanização seria praticamente inteligível. Persiste a pergunta de Benjamin (1994) sobre "qual o valor de todo o nosso patrimônio cultural, se a experiência não mais o vincula a nós? E para onde os valores culturais podem conduzir o "contemporâneo nu" no momento em que ele já não mais entende a valoração da própria vida. E a pobreza de experiência tornou-se algo aceito por ele, sem contestações e sem comprometimento com as gerações futuras. Sim, "surge assim uma nova barbárie". Pode-se dizer que as consequências foram fomentadas pelos reformadores da tabula rasa, que se orientaram por uma ciência desumanizadora que obedece "ao que está dentro e não à interioridade: é por isso que elas são barbaras". (BENJAMIN, 1994, p.115-116).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, a discussão sobre os direitos humanos persiste e, sobre tudo a discussão pelo direito de ser tratado como humano. O direito à vida, que pressupõe a própria vida, orienta a ação humana. Isto significa que, os direitos humanos, contidos nas declarações enquanto valores eternos implicam também serem considerados para além dos princípios estabelecidos pela jurisprudência.

A reflexão teórica que leva a elucidação dos conceitos no âmbito do direito caminha por outra via, no entanto, são indispensáveis no cotidiano e no agir do ser humano. Os casos em que os "corpos nus" foram expostos na rua, no trilho do trem, tornam o campo de exposição dos corpos algo público, transformados em "mera vida", um apelo para se refletir sobre o que representam os direitos humanos. E o próprio ser humano é percebido.

Está dada a nova tarefa ao homem contemporâneo, que não pode se deixar cegar pelas luzes, mas deve entrever nessas luzes alternativas indicadoras de que a verdadeira ordem da experiência começa por acender a luz capaz de orientá-lo em suas relações com o outro e, naquilo que merece sua atenção e empenho.

A afirmação de Arendt de que "a essência dos Direitos e o direito a ter direitos" reforça a necessidade de pensar a questão sobre o humano e seus direitos sem perder de vista os princípios que orientam nosso agir e o nosso ser. Em outros termos pensar o ser e suas relações politicas com seus pares. Certamente se faz desnecessário que o corpo ocupe um lugar central na sociedade moderna para que se vislumbre a linha que o "separa" entre a política e a "vida nua".

Esperançosamente, credita-se às palavras do Primo Levi (1988) inspiração reflexiva para além de valores eternos metajurídicos. Ele escreve, que para com "os condenados à morte, a tradição prescreve um austero cerimonial, a fim de tornar evidente que já não existem paixão nem raiva; apenas medida de justiça, triste obrigação perante a sociedade, tanto que até o verdugo pode ter piedade da vítima" (LEVI, 1998, p.12).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. [trad.] Tradução de Henrique Bugio. 2ª ed. Belo Horizonte – MG: Editora UFMG, 2010.

_____. O que é o contemporâneo? E outros ensaios. [trad.] Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

_____. Estado de exceção. Homo Sacer, II, I. [trad.] Tradução de Iarci D. Poleti. Bugio. 2ª ed. São Paulo: Bontempo Editora, 2004.

ARENDT, Hannah. Da violência. Tradução: Maria Claudia Drummond. Original: 1969/1970. Disponível em: www.sabotagem.revolt.org

BENJAMIN, Walter. O Narrador. Reflexões sobre a obra de Nikolai Leskov. In Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1992a. 10.
_____. Experiência e Pobreza. In: Obras escolhidas I. Magia e Técnica, Arte e Política. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994b.

_____. Para una crítica de la violencia y otro ensayos. Iluminaciones IV. Taurus, 1998. Disponível em: <http://mimosa.pntic.mec.es/~sfer na18/benjamin/benjamin_critica_violencia.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2013.

BENTES, Jackson. A SOMBRA DA VIDA NUA. Uma leitura biopolítica da infância. 332p. 2014. [Tese]. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Doutorado em Educação, Arte e História da Cultura; 2014.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campus/ Elsevier, 7ª reimpressão, 2004.

BOMBASSARO. Luis C. Fronteiras da epistemologia. Petrópolis: Vozes, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 15ª edição, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Capturado em: 01/09/2015.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto Editora,1997.

ESTATUTO da CRIANÇA e do ADOLESCENTE - ECA. Lei Federal No 8.069, de 13 de junho de 1990. 7ª edição, Brasília, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-182). Tradução, Andrea Daher; Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

_____. Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège (1978-1979). [trad.] Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. [trad.] Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

HOBBES, Thomas. Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2008.

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

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Tradução: Anoar Aiex. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2005.

LEVI, Primo. É isto um homem? Tradução de Luigi Del Re – Rio de Janeiro: Rocco,1998.

SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 9ª Edição, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 24ª Edição, 2005.

TIBURI, Márcia. Lobisomem juvenil: uma leitura biopolítica da adolescência. Educação Realidade – Porto Alegre: URGS, 2014.

BBC World service. Criança encontrada na praia. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150903_pai_sirio_ab Capturado em 3/9/2015.

RIBEIRO, Rafael. Menino encontrado morto em freezer sofria agressão, diz familiar. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1678636-menino-encontrado-morto-em-freezer-em-sp-sofria-agressao-diz-familiar.shtml?cmpid=facefolha Capturado em: 3/9/2015.

ACNUR - Agencia da ONU para Refugiados. O que é a Convenção de 1951? Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/ Capturado em: 3/9/2015.

UNILASALLE
CANOAS-RS

POLÍTICAS INCLUSIVAS: ACESSIBILIDADE E PERMANÊNCIA DO SURDO NO UNILASALLE CANOAS

Gilca Lucena Kortmann[1]
Paulo Fossatti[2]
Simone Van Der Halen Freitas[3]

RESUMO: O texto tem por eixo central a socialização do projeto que trata das Políticas de Acesso e de Permanência de pessoas surdas no Unilasalle Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil. Configura-se num estudo de caso, tipo qualitativo, longitudinal, com acompanhamento processual no período 2010-2015. Tem por objetivo promover as políticas de acesso e de permanência de alunos surdos na comunidade universitária. Tais políticas visam garantir a habilitação cognitiva, a capacitação para o mundo do trabalho e a autonomia cidadã. O referencial teórico pauta-se na legislação brasileira, e em autores que problematizam as questões das políticas de inclusão no cenário nacional e internacional. Os resultados da pesquisa mostram os acadêmicos surdos num significativo processo de: autonomia pessoal-profissional em suas áreas de formação; inserção na universidade e mercado de trabalho; e melhora da autoestima e autoimagem pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: Educação inclusiva. Acesso à educação superior. Surdez.

1 INTRODUÇÃO

O texto tem por eixo central a socialização do projeto que trata das Políticas de Acesso e de Permanência de pessoas surdas no Unilasalle Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil. O objetivo geral do projeto visa contribuir para que a escola e a Universidade assumam seu papel social decisivo para a inclusão e a permanência das Pessoas com Deficiência (PCD) a fim de que estes tenham respeitadas as diferenças humanas e garantidas as condições de acesso (SKLIAR, 1997, p. 70) "à vida, à cultura, à arte, à história, à participação política, ao trabalho, ao bem-estar".

A discussão sobre a inclusão dos surdos no contexto educacional tem sido palco para várias reflexões. Não basta somente que o surdo frequente uma sala de aula, mas que seja atendido no contexto respeitando suas diferenças. Neste contexto, a Lei de Diretrizes e Bases da educação Brasileira (Brasil, 1996) estabelece que os sistemas de ensino devem assegurar, principalmente, professores especializados ou devidamente capacitados, que possam atuar com qualquer pessoa especial na sala de aula.

Não podemos esquecer também que há um debate acentuado entre a política de inclusão do MEC e a proposta de educação bilíngue do movimento surdo. Este último entende não ser suficiente a proposta de atendimento educacional especializado e coloca a necessidade de contextos bilíngues efetivos, de professores e adultos surdos como modelos para a construção da língua e de identidades surdas. Em nossa prática cotidiana temos observado o despreparo e o desconhecimento dos professores e dos alunos para lidar com o aluno PCD surdo, citando como fato relevante o uso de uma linguagem totalmente oralista no processo de comunicação.

A atual Lei de Diretrizes e Bases e outras resoluções e pareceres referentes à educação especial, apontam para a necessidade de um atendimento especializado, ficando clara a garantia da aquisição da Linguagem de Sinais pelos próprios sujeitos surdos, bem como a necessidade da atuação de intérpretes da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) em lugares em que surdos se fazem presentes,

1 Gilca.kortmann@unilasalle.edu.br.
2 Paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.
3 Simone.freitas@unilasalle.edu.br.

bem como a organização de cursos de LIBRAS e capacitação para profissionais que queiram atuar nesta área.

O Centro Universitário La Salle de Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil, busca promover a acessibilidade e permanência possíveis para que seus alunos surdos sintam-se integrados à vida comunitária (CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE, 2014). As medidas tomadas no sentido de estimular o ingresso de pessoas surdas nas Universidades visam contribuir para quebrar o "círculo-vicioso" que se formou no processo educacional: precisa-se de surdos adultos competentes e formados para contribuir na formação de intérpretes e ensinar a língua de sinais aos professores de surdos para que eles entendam as especificidades destes alunos que têm a Língua Portuguesa como segunda língua. Para tal, a Instituição busca formar intérpretes, professores e funcionários para garantir a efetiva política de inclusão de surdos na comunidade universitária, na parceria com as escolas e com a comunidade local e sua inserção no mercado de trabalho.

A figura do intérprete de LIBRAS possibilita ao surdo o acesso à comunicação e à informação. Tem função de captar pensamentos, palavras e emoções daquele que fala e transmiti-la à comunidade surda e vice-versa. Para tal, dentre outras, sua formação deve garantir-lhe, ao menos, os quatro princípios básicos: confidencialidade, imparcialidade, discrição e distância profissional. A presença deste profissional faz-se necessária no trabalho, na instrução, no lazer, diminuindo barreiras e reintegrando o surdo na vida comunitária. Ele também auxilia a comunicação com os surdos oralizados e conhece os diferentes métodos utilizados na comunicação destes para melhor transmitir a mensagem.

Além dos intérpretes de LIBRAS o Unilasalle se ocupa da formação dos professores que trabalham com alunos surdos. Um dos aspectos fundamentais para a convivência harmônica entre as pessoas está na troca de informações, no entendimento e no diálogo. A questão é mais complexa dentro das Universidades, porque a Língua, meio de compreensão das aulas pelos surdos, é a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS). Os professores das disciplinas, assim como os alunos não surdos, geralmente, não dominam esta língua. Assim, em atendimento à política de inclusão, uma das soluções para esta questão é a presença constante, no Unilasalle, durante as aulas e outras atividades acadêmicas, de um intérprete de LIBRAS para cada aluno ou grupo de alunos surdos em cada disciplina.

O Unilasalle conta hoje com 23 alunos surdos matriculados regularmente em cursos de Graduação. Além disso, a Universidade oferece cursos de extensão em LIBRAS para funcionários do Unilasalle e integrantes da comunidade em geral. Por fim, 04 funcionários surdos integram o quadro funcional desta universidade.

Além da discussão teórica, como veremos a seguir, neste artigo nos ocupamos com a análise do *case* Unilasalle no que diz respeito às Políticas inclusivas para surdos.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Histórico

Muitos são os autores que voltam seus interesses sobre a história dos surdos, e ao buscarmos uma retrospectiva histórica, vamos ler em Lara (2006, p. 134), o termo "surdo" passa a ser utilizado nos séculos XVII e meados do século XVIII, como direito apenas para filhos de famílias nobres que desejavam que seus filhos herdeiros soubessem falar, ler e escrever.

Relata ainda Lara (2006) que o primeiro professor de surdo de quem se tem notícias foi Pedro Ponce de Léon (1520-1584), monge beneditino que educava os filhos surdos de nobres, ensinando-os a ler, escrever, fazer cálculos e expressar-se oralmente.

Lopes (2002) complementa dizendo que os descendentes de nobres eram julgados pela apropriação da palavra e enfatiza em seus estudos escritos que o monastério onde Ponce de Léon trabalhava atraia muitos surdos que se reuniam em um mesmo espaço trazendo de casa gestos que já marcavam seus espaços, mas ainda não significavam uma linguagem surda.

Em 1755, surdos das ruas de Paris são recolhidos pelo Abade Charles L'Epée que ensinam a linguagem de sinais que utilizavam entre si. O Abade foi a pessoa mais influente do século XVIII, pois fundou em Paris a primeira escola pública para surdos e elaborou o Sistema dos sinais metódicos (LARA, 2006).

Em suas pesquisas, Lara (2006) & Lopes (2002) se aproximam ao comentar sobre o método criado por L'Epée, que foi contestado e contraposto por Heinicke na Alemanha, adquirindo um enfoque exclusivamente oralista. O método L'Epée consistia em ensinar sinais que correspondiam a objetos específicos e mostrar desenhos quando queria que os surdos compreendessem algumas ações, depois procurando associar o sinal com a palavra escrita em francês. Quando não havia um sinal para expressões abstratas, L'Epée buscava na visibilidade da escrita uma explicação.

Em seus estudos, Lara (2006), escreve que no final do século XIX houve uma importante expansão do uso da língua de sinais em todo mundo, fazendo os surdos saírem da obscuridade. Com o Congresso Internacional de Educadores de Surdos em Milão/1880, ficou definido o Método Oralista, como a linha a ser adotada na educação de surdos. Esse discurso entre língua de sinais ou oralização perdurou por mais de um século.

Cento e vinte e cinco anos após o Congresso Internacional de Milão, faz a regulamentação da Lei nº 10.436 (conhecida também como a "Lei de Libras") em 22 de dezembro de 2005, estabelecendo a Língua Brasileira de Sinais como um idioma oficial (BRASIL, 2005). Posteriormente, em setembro de 2010, a Lei de número 12.319 regulamentou a profissão de tradutor e intérprete da língua brasileira de sinais - LIBRAS, regulamentando a comunicação dos surdos em ambientes escolares e serviços públicos (BRASIL, 2010b).

No Brasil, Rio de Janeiro, a educação dos surdos teve início em 1857 com a criação do Instituto Nacional de Educação dos Surdos (INES), por um professor surdo francês. Ernest Huet, com o apoio de Dom Pedro II (BRASIL, 1979). Como percebemos, a educação escolar de pessoas surdas nos reporta aproximadamente há dois séculos, quando se instaurou um embate político e epistemológico entre os gestualistas e oralistas.[4] Estas concepções dos oralistas não valorizaram a língua de sinais, e surge a comunicação total que é outra feição do oralismo.

Estudos brasileiros sobre as políticas públicas, e nos debates científicos a respeito da educação de alunos surdos, bem como as ações pedagógicas empreendidas em prol dessa comunidade surda, apontam ao longo dos anos para abordagem educacional por meio do bilinguismo que visa capacitar a pessoa com surdez para a utilização das duas línguas no cotidiano escolar e na vida social, através da língua de sinais e a língua da comunidade ouvinte.

Desta forma, *a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* (BRASIL, 2008), vem ao encontro do propósito de mudança no ambiente escolar e nas práticas sociais/institucionais para promover a participação e aprendizagem dos alunos com surdez na escola básica. A abordagem bilíngue, a Libras e a Língua Portuguesa, em suas variantes de uso padrão, devem ser ensinadas no âmbito da escola básica para que estes alunos se apropriem da linguística textual e pragmática, além de seus aspectos formais envolvendo a fonologia, morfologia, sintaxe, léxico e semântica.

4 Gestualista: Método de ensino para surdos, no qual se defende que a maneira mais eficaz de ensinar o Surda. É através de uma língua gestual ou de sinais no Brasil. Oralista: Método que oralizava surdos, utilizando qualquer língua oral para se comunicar, também chamada de leitura labial. (NAKAGAWA, 2012).

Embora já comentado anteriormente, reforçamos que estes aspectos são preconizados ao referir-se a educação inclusiva de pessoas com surdez, para que desta forma o aluno desde a educação básica participe de um ambiente escolar que lhe garanta a educação bilíngue pautada na organização da prática pedagógica na escola comum, na sala de aula comum e com Atendimento Educacional Especializado em turno inverso, para que o aluno sinta-se desafiado em seu pensamento e exercite sua capacidade percepto-cognitiva, suas habilidades para atuar e interagir em um mundo social que é de todos, considerando o contraditório, o ambíguo, as diferenças entre as pessoas.

2.1.1 Revisão de Literatura do Surdo na Universidade Brasileira

Revisando os catálogos da ANPED e fazendo uma busca via ERIC, COMUT em teses, dissertações e artigos CAPES utilizando os descritores: "surdos"; "surdos na universidade", "surdez educação" e "língua de sinais", encontramos 11 pesquisas das quais 6 foram descartadas por não tratarem do assunto surdo na universidade. As 5 restantes (TABOSA, 2006; MARQUES & DINIZ, 2013; ALMEIDA, 2012; QUADROS, CERNY & PEREIRA 2008; ANSAY, 2009) nos levaram à reflexão a seguir.

Em um primeiro momento, para melhor entendermos a amplitude do papel da Universidade na inclusão de pessoas com deficiência, entre as quais os surdos estão incluídos nas políticas educacionais. É preciso relembrar o lugar da Universidade enquanto espaço social que de todas as formas impacta todo e qualquer estudante que conclui o ensino médio e ingressa na universidade.

Este acontecimento visto como uma mudança de ciclo na vida de estudantes se intensifica quando se trata de um estudante surdo. Temos observado através da prática de uma das autoras deste artigo, o que é marcada por mais de uma década de docência universitária nesta área, que nos fala na ansiedade psicossocial dos estudantes e de suas famílias, sobre o ambiente da universidade, e sobre suas emoções que destacam a alegria do sucesso da entrada e o medo relacionado com a aprendizagem, as responsabilidades, as questões financeiras, a inclusão e as possíveis dificuldades que enfrentarão.

UNILASALLE CANOAS-RS

Por outro lado, encontramos professores do ensino superior que são confrontados por alunos que apresentam dificuldades peculiares ao fato da surdez em suas especificidades como o contexto, o desenvolvimento e aprendizagem, dentre outros. Observa-se também que faltam conhecimentos e ações psicoeducativas dos professores para atuarem adequadamente no processo ensino aprendizagem que direcione o processo da academia para o ensino dos surdos.

É sabido que o Ministério da Educação do Brasil financia muitos projetos de universidades públicas no país, voltados para ações inclusivas das universidades brasileiras. E a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão do Ministério da Educação-SECADI/MEC, através do programa Educação Inclusiva: Direito à diversidade, desde 2003 subsidia formação nos municípios polos através de programas inclusivos que assegurem o acesso e aprendizagem a todos os estudantes voltados ao desenvolvimento inclusivo (BRASIL, 2013a).

Encontramos também em nossas leituras, a criação do Curso de Letras /Libras, por meio da Universidade Aberta do Brasil-UAB, envolvendo 18 instituições públicas de educação superior. Em 2006, o curso de graduação Letras/Libras da UFSC, recebeu 450 matrículas na licenciatura. Já em 2008, recebeu 900 estudantes, sendo 450 na licenciatura, e 450 no bacharelado. Em 2010, 2 novos cursos Letras/Libras foram instituídos pelas instituições federais de Goiás e da Paraíba, na modalidade presencial e a distância, e a implantação do curso de Pedagogia na perspectiva bilíngue, em 2005 no Instituto nacional de Educação de Surdos INES-RJ na modalidade presencial com oferta anual de 30 vagas.

De acordo com os dados do Censo da Educação Superior, MEC/INEP, em 2003, foram registradas 665 matrículas de estudantes com deficiência auditiva, sendo 41 em instituições públicas e

624 em instituições privadas. Em 2010 realizou-se 2541 matrículas de alunos de com deficiência auditiva e surdez, sendo 707 em instituições públicas e 1834 em instituições privadas, significando um crescimento de 224% nesta área (BRASIL, 2013).

Com o objetivo de fortalecer e expandir as ações nesta área, o MEC através do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, através do Programa VIVER SEM LIMITE, pretende alcançar em 2014 a criação de 27 (vinte e sete) cursos de Letras/Libras/ Língua Portuguesa, nas instituições federais de ensino superior. Estes cursos têm por objetivo formar professores bilíngues em Libras/Língua Portuguesa, e formar os tradutores e Intérpretes das Libras, assim como criar 12 cursos de pedagogia que formem professores bilíngues para atuar nos anos iniciais do ensino fundamental (BRASIL, 2013b).

Refletir sobre a história de escolaridade do aluno surdo que termina a escola básica e ingressa na universidade, tem suas singularidades. Pode também mostrar aspectos relevantes para ações pedagógicas/inclusivas eficazes que venham a contribuir com todos os níveis de ensino desde que a escola básica garanta o acesso à língua de SINAIS, linguagem bilabial, as características linguísticas dos surdos e as características individuais de cada um.

O aluno surdo que ingressou no Ensino Superior é um sujeito que superou barreiras de comunicação, atitudinais, econômicas e sociais. É um sujeito que ao longo de sua escolaridade construiu e apropriou-se de saberes que foram construídos historicamente possibilitando desta forma avanços em sua escolaridade (ANSAY, 2009).

Enquanto isso, As IES Comunitárias (BRASIL, 2013b) demonstram esforços para efetivarem seus estudos e suas práticas inclusivas na área da surdez com expressivos projetos em nível de ensino, pesquisa e extensão. Dentre elas citamos os estudos de (TABOSA, 2006; MARQUES & DINIZ, 2013; ALMEIDA, 2012; QUADROS, CERNY & PEREIRA, 2008; ANSAY, 2009).

Tabosa (2006) descreve em suas pesquisas sobre os estudos da trajetória da inserção social de surdos na Universidade Federal do Ceará, participantes do Projeto Incluir do MEC. O Professor Tabosa analisou de maneira mais específica o Cursinho Pré-Vestibular Ludwig Van Beethoven, voltado para pessoas surdas, e apresenta um levantamento das expectativas dos alunos quanto ao Cursinho, e também descreve a visão dos professores quanto à importância deste mesmo curso para os alunos.

Das respostas obtidas por alunos surdos frequentadores do cursinho segundo dados de Tabosa (2006, p. 38) “90% dos alunos surdos acreditam que podem tirar proveito dessas aulas do Cursinho”, 10% afirmam ter dificuldades para aprender. Quanto à resposta dos professores, a análise confirma que 20% dos professores não acreditam que o cursinho vá ajudar no ingresso do surdo na universidade. O restante afirma na possibilidade de crescimento do aluno surdo no mundo inclusivo. No entanto, os mesmos professores desconhecem a política de correção das provas quanto aos alunos surdos e apontam a necessidade de se aprimorarem das Libras. Citam ainda dificuldades com intérprete em acompanhar a velocidade do raciocínio do professor ao transmitir informações. Apontam também a dificuldade que os alunos possuem de compreender os conteúdos mencionados.

Quadros, Cerny & Pereira (2008) nos apresentam em seu artigo *Inclusão de surdos no Ensino Superior por meio do uso da tecnologia*, o Curso de licenciatura Letras Libras, desenvolvido na Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil, oferecido juntamente com oito instituições conveniadas e com o Ministério da Educação, por meio da Secretaria de Educação a Distância e a Secretaria de Educação Especial.

São nove polos brasileiros que trabalham com surdos, multiplicando o trabalho das pesquisadoras citadas na Universidade Federal de Santa Catarina. Estes polos estão localizados na Universidade Federal do Amazonas, Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal da Bahia, Universidade de Brasília, Centro Federal de Educação Tecnológica do Estado de Goiás, Universidade de São Paulo, Santa Maria no Rio Grande do Sul e Instituto Nacional de Educação de Surdos no Rio

de Janeiro. Cada instituição tem 55 alunos e no polo UFSC são 60 alunos, totalizando 500 alunos. Este Curso é oferecido na modalidade a Distância, prioritariamente para surdos. Hoje a UFSC tem o curso presencial e EaD, além de outras universidades. O Plano Viver sem Limites prevê a criação de 27 cursos de Letras Libras. O Curso de Letras libras é o primeiro curso da América Latina a ser oferecido prioritariamente a alunos surdos.

Ansay (2009), em sua dissertação de mestrado na Universidade Federal do Paraná, estuda a trajetória escolar de alunos surdos e sua relação com a inclusão no Ensino Superior. Este trabalho é o que mais se aproxima de nosso estudo de caso. Ela descreve o avanço acadêmico de nove alunos surdos, possibilidades e desafios que os alunos surdos encontraram no ensino superior. Em uma abordagem qualitativa a autora procurou conhecer através do depoimento de alunos surdos, os fatores que contribuíram para o avanço acadêmico e quais os desafios e possibilidades para eles encontrados no ensino superior.

A autora analisou em sua pesquisa, diferentes aspectos relacionados ao avanço escolar dos mesmos, e enfatiza que a mudança de legislação, a participação dos surdos em pesquisas e movimentos políticos pedagógicos, a participação das famílias, trouxe mudanças atitudinais nas relações interpessoais relacionados aos colegas e professores, e evidencia que as ações conjuntas e integradas trazem novas possibilidades de enfrentamento aos obstáculos encontrados ao longo da trajetória dos surdos até a universidade.

Marques & Diniz (2013) apresentaram no XVIII Seminário Nacional do Instituto Nacional Estudos Surdos (INES), no Rio de Janeiro, uma mostra de relatos onde descrevem a inserção dos alunos surdos no ensino superior do Estado do Pará. A Universidade Estadual do Vale do Acaraú teve seu início do trabalho com surdos aprovados no Curso de Pedagogia em 2002. Juntou-se a ela as Faculdades Integradas Ipiranga. Esta última mantém regularmente em seus cursos de ensino superior, programas efetivos de inclusão voltados ao atendimento do aluno surdo que recebem o apoio pedagógico necessário para seu acesso e permanência, o que lhes atribui a maior concentração de alunos no ensino superior do Estado do Pará.

UNILASALLE CANOAS-RS

Como vimos às propostas educacionais das universidades no trabalho de inclusão dos estudantes surdos, têm ocorrido de forma lenta, gradativa, mas vêm respondendo às demandas das comunidades de surdos que buscam oportunidades e formação igualitária, em um país que deve construir condições de acessibilidade para todos.

3 METODOLOGIA DE PESQUISA

A pesquisa caracteriza-se por ser um Estudo de Caso, sobre as Políticas de Inclusão e de Permanência dos surdos na educação superior, em que a abordagem quantitativa oferece subsídios para o enfoque qualitativo, longitudinal, com acompanhamento processual no período 2010-2015. Tem por objetivo promover o acesso e a fidelização de alunos surdos na comunidade universitária. De acordo com Stake (1998, p. 11, p.62): "uma maior insistência no aspecto qualitativo, normalmente significa encontrar bons momentos que revelem a complexidade única do caso". Para ele, este tipo de estudo direciona-se para "[...] o estudo da particularidade e da complexidade de um caso singular, para chegar a compreender sua atividade em circunstâncias importantes". Em nosso texto abordamos o caso do Unilasalle Canoas.

Segundo Lüdke e André (1986, p. 17), o estudo de caso "[...] é o estudo de u*m* caso, seja ele simples e específico [...] ou complexo e abstrato" [grifo das autoras]. As autoras, com base nos trabalhos de Nisbet e Watt, apontam que o estudo de caso pressupõe a observação de três fases: a exploratória, a delimitação do estudo e a análise sistemática e a elaboração do relatório. A fase exploratória caracteriza-se pelo início do estudo de caso, o que ocorre a partir de um planejamento preliminar. Neste plano constam alguns questionamentos iniciais que podem ter sua origem em

observações, em depoimentos sobre o tema, e/ou, em uma revisão de literatura, realidade esta contemplada por nós pesquisadores.

Para Fox (1981), após a decisão do pesquisador pelo problema investigativo e, em consonância com ele, o referencial teórico que o subsidiará no decorrer do estudo, torna-se necessária a definição do *universo pertinente* à investigação. Nossa pesquisa recai sobre as Políticas de Acesso e de Permanência dos Surdos no Unilasalle Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil. Esta escolha se dá pelo processo diferenciado vivido pela Instituição no período em estudo com sinais de relevantes resultados e também pela relação que os pesquisadores estabelecem com a mesma.

A coleta de dados envolveu análise documental: Projeto *Incluindo o Surdo no Ensino Superior*; Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI); diário de campo e questionário com questões fechadas, traduzido a LIBRAS, idioma e forma da escrita e compreensão dos surdos, pela equipe de Intérpretes de Libras do Unilasalle e o diário de campo dos pesquisadores.

O questionário contou com 6 (seis) perguntas, abordando os eixos: motivo da escolha do curso; atuação profissional na área de formação; tempo de atuação no mercado de trabalho e pertinência, utilidade e relevância do cursos realizado, na sua atual vida profissional. O questionário foi enviado através do e-mail dos egressos surdos graduados no Unilasalle, totalizando 13 pessoas, na primeira quinzena de novembro de 2013, dando o prazo de duas semanas para os retornos, igualmente por e-mail. Ao término do prazo, obteve-se o retorno de oito questionários representando 61,5% do total de pesquisados.

A análise dos dados coletados em todas as partes da investigação foi realizada através da Técnica de Análise de Conteúdo proposta por Bardin. Tal análise integra um conjunto de técnicas que possibilitam, através de procedimentos sistemáticos de descrição do conteúdo, a realização de inferências acerca da produção e ou recepção de determinada mensagem (BARDIN, 1988).

Em relação ao processo da análise de conteúdo, Bardin apresenta três etapas: pré-análise; exploração do material; e tratamento dos resultados, inferência e interpretação.

a) Fase de pré-análise: nesta fase será realizado o que Bardin (1988) denomina de *leitura flutuante*, ou seja, uma leitura geral estabelecendo o primeiro contato com os conteúdos coletados, tendo-se presente as seguintes regras:

1º Exaustividade: consideração de todos os elementos presentes nos conteúdos;

2º Representatividade: seleção daqueles elementos presentes nos conteúdos que são representativos em relação ao que nos propomos investigar. É necessário priorizar aqueles que possuem maior significado e consistência com relação aos objetivos do estudo;

3º Homogeneidade: os conteúdos coletados serão agrupados considerando-se a estreita relação com a categoria temática,

4º Pertinência: os conteúdos selecionados deverão estar adequados, em termos de informação, e corresponder aos objetivos e questões norteadoras delineadas.

b) Fase de exploração: nesta fase de exploração do material, os pesquisadores definiram as categorias.

De acordo com Stake (1998, p. 32), "cada tema pode demonstrar que tem vida própria, e exigir uma atenção cada vez maior, à medida que vai adquirindo complexidade e interesse". A categorização, conforme explica Franco (2005, p. 57), "[...] é uma operação de classificação de elementos constitutivos de um conjunto, por diferenciação seguida de um reagrupamento baseado em analogias, a partir de critérios definidos".

c) Fase de tratamento dos resultados, inferência e interpretação: Stake (1998, p. 67), chama a atenção para a compreensão da fase da interpretação. Para o autor: "Analisar consiste em dar sentido às primeiras impressões, bem como às sínteses finais. A análise, essencialmente significa pôr algo à parte".

No tratamento dos resultados, inferência e interpretação, as categorias temáticas serão submetidas a operações de decomposição de cada conteúdo identificado nas entrevistas. A partir das temáticas captadas na análise do material, procedemos à interpretação dos dados, procurando não perder a visão de conjunto.

Franco (2005) enfatiza a importância desta última fase dentro da Técnica de Análise de Conteúdo, explicando que:

> Se a descrição (a enumeração das características de um texto) é a primeira etapa necessária e, se a interpretação (a significação concedida a essas características) é a última fase, a inferência é o procedimento intermediário que vai permitir a passagem, explícita e controlada, da descrição à interpretação (FRANCO, 2005, p. 26).

Fox (1981) se refere a dois níveis da análise de conteúdo: manifesto e latente. O manifesto é constituído pelo que o sujeito disse. É a transcrição direta da resposta dada. Já no latente, o pesquisador vai decodificar o significado da resposta dada ou da motivação a ela subjacente. A consideração do conteúdo manifesto (explícito ou latente) no processo de inferência é o que qualifica a análise, minimizando a possibilidade de esta situar-se meramente no âmbito descritivo.

Resultante de tal análise, chegamos às seguintes categorias (apresentadas de forma transversal na análise dos resultados apresentados a seguir) que mostram as pessoas surdas num significativo processo de: a) autonomia pessoal-profissional em suas áreas do desenvolvimento; b) Inserção na universidade e mercado de trabalho; c) melhora da autoestima e autoimagem pessoal.

4 RESULTADOS DA PESQUISA

Para relatar o processo de Inclusão de pessoas com deficiência (PCD) no Unilasalle, faz-se necessário resgatar a filosofia de seu Fundador, São João Batista de La Salle, que sempre buscou uma educação humana e cristã, especialmente das crianças e jovens pobres excluídas, promovendo a inclusão das minorias, desde a França do século XVII (CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE, 2014).

No Unilasalle a inclusão é tema de discussão e ações desde os anos de 1980, tendo em vista o foco na formação de educadores. Por meio dos Cursos de extensão, desenvolve programas em rede de apoio social para que professores e funcionários, de alunos com deficiência, e os próprios alunos possam ser atendidos em suas necessidades.

Em 1986 o Unilasalle criou os cursos de formação adicionais ao ensino médio, chamados de Cursos adicionais de formação de professores nas áreas de deficiência mental, deficiência auditiva (nomenclatura da época) e deficiência visual, com carga horária de oitocentos e vinte horas (820h) que habilitava professoras para atuarem no ensino especial nas áreas já descritas.

Desde então, até o ano de 1993, o Unilasalle contribuiu na formação de profissionais para o atendimento a pessoas com deficiências. Os profissionais do município de Canoas, Região da Grande Porto Alegre, sul do Brasil, que fizeram formação na área de surdez, logo passaram a constituir o grupo de profissionais que também fundou a primeira escola de surdos do município, chamada Escola Vitória, que atende os surdos desde a estimulação precoce.

Na década de 1990, com a implantação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (BRASIL, 1996), que aponta para o processo de inclusão educacional e social de pessoas com deficiência, movimentos de tentativas de integração, posteriormente de inclusão, iniciam nos países

em torno do acordo de Salamanca,[5] também assinado pelo Brasil. A Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994) teve como objetivo fundamental mostrar que a escola é lugar para todos:

> A escola inclusiva é o lugar onde todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter, conhecendo e respondendo às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade a todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recurso e parceria com as comunidades (UNESCO, 1994, p. 11).

Assim, extinguem-se os cursos adicionais de formação no Brasil para dar lugar a estudos e ensaios de práticas na área de integração para posterior inclusão, e o Unilasalle adere os novos preceitos abrindo espaços para a criação dos laboratórios do Núcleo de atendimento psicopedagógico (NAPSI), um atendimento comunitário às crianças com deficiências com o objetivo de atender programas sociais em rede, promovendo gratuitamente assistência educacional e em saúde.

No primeiro semestre do ano 2000 ingressa o primeiro aluno surdo no Unilasalle para o Curso de Ciência da Computação. Neste momento, iniciou-se o processo de alocação de Intérprete de Libras, em sala de aula, acompanhando o aluno surdo.

A partir de então, os processos de vestibular, modalidade de ingresso seletivo na educação superior no Brasil, passam a integrar a modalidade de vestibular especial para candidatos surdos, contando com intérpretes de Libras. A cada semestre o número de candidatos surdos, nos processos seletivos aumenta, tornando o Unilasalle uma referência na Inclusão no Ensino Superior no sul do Brasil.

Paralelamente, a Instituição investe na formação de Intérpretes de Libras, através de cursos de Extensão e do convênio com a Federação Nacional de Educação e Integração de Surdos (FENEIS) para contratação de Intérpretes de Libras, assegurando o acesso aos alunos em todos os cursos ofertados pelo Unilasalle.

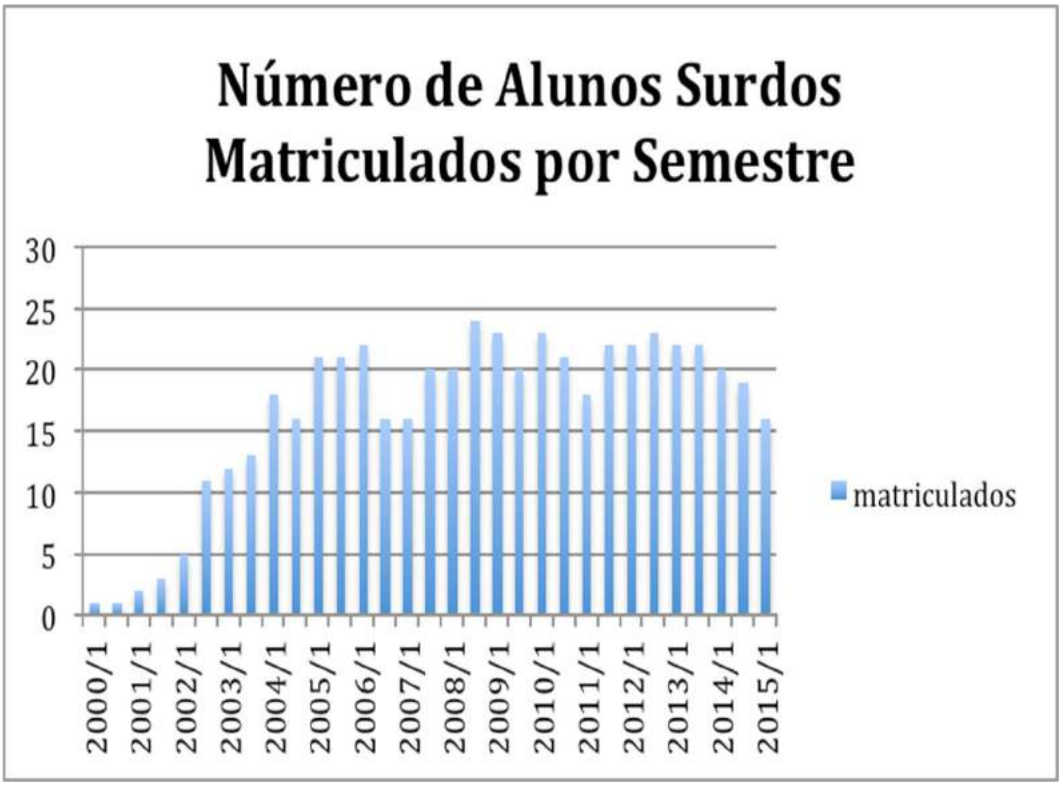
UNILASALLE
CANOAS-RS

Ao longo destes anos, a oferta de cursos de LIBRAS legitima o Unilasalle como referência perante outras universidades e escolas para a formação de iintérpretes e inclusão de surdos/as. Abaixo, o gráfico demonstra o número total de alunos surdos/ano matriculados nos cursos de graduação.

4.1 Gráfico:

Gráfico: Número total de alunos surdos por ano (este número inclui os antigos e os novos alunos)

5 Declaração de Salamanca – Em 10 de junho de 1994 representantes de 92 países e 25 organizações internacionais e UNESCO realizaram a Conferência Mundial de Educação, para reafirmar o direito de educação para todos. A assinatura da Declaração de Salamanca aponta para o início da inclusão efetiva no mundo.



Fonte: UNILASALLE, 2013

O gráfico mostra quantos surdos estavam matriculados em cada ano, desde o primeiro ingressante em 2000. Ao todo já ingressaram 90 surdos entre 2000 e 2015. Os alunos surdos devido à surdez, às condições de escolarização anteriores e mesmo ao uso da Língua Portuguesa como língua de instrução, mesmo com apoio de intérpretes em aula, demoram mais tempo para concluir o curso, visto que fazem apenas em torno de 2 a 3 disciplinas por semestre. Deste total de 90 alunos surdos que ingressaram no Unilasalle temos: 17 matriculados (18,88%), na data da coleta de dados; 16 diplomados (17,77%), sendo que o tempo médio para conclusão foi de 5,2 anos. Temos ainda 11 (12,22%) transferidos para outras Instituições de Educação Superior; 22 (24,4%) trancamentos de matrícula e 10 alunos surdos desistentes. Considerando dados do IBGE de 2010, apenas 7,9% dos alunos em geral que ingressam no Ensino Superior, concluem seus estudos. Em comparação a estes dados 17,77% de diplomados surdos no Unilasalle pode-se verificar como significativo e positivo o resultado.

Desde 2000, ações institucionais visam o incremento do processo de integração e desenvolvimento dos alunos surdos no ambiente acadêmico. Em 2012 a coordenação do projeto de inclusão dos/as surdos/as é encaminhado para o curso de Psicologia, com o intuito de fomentar a pesquisa e desenvolvimento de novas estratégias de inclusão voltadas para este público. Por outro lado, o processo de gestão de intérpretes de LIBRAS é incorporado pelo Núcleo de Apoio aos Estudantes, onde se centraliza todo o processo, desde o acolhimento e auxílio à matrícula dos/as alunos/as surdos/as, alocação de intérpretes para as salas de aula, acompanhamento ao desenvolvimento acadêmico e preparação dos docentes e funcionários para receberem os alunos/as surdos/as.

Paralelo ao atendimento e inclusão dos alunos surdos o Unilasalle, atendendo a Lei de Cotas 8.213/ 91 (Brasil, 2007) que prevê a reserva de vagas para pessoas com deficiência (PCD) em empresas com quadro funcional acima de 100 empregados, bem como pela sua cultura socialmente responsável, contratou três colaborados surdos em 2012. No intuito de promover uma inclusão com qualidade de vida aos trabalhadores, o setor de Gestão de pessoas promoveu a sensibilização e

formação básica em Libras das equipes que acolheram os novos colaboradores surdos. Desde a contratação, tanto os colaboradores como seus líderes, têm recebido um acompanhamento periódico, contribuindo na facilitação da comunicação, adaptação e integração dos surdos.

No ano 2015, as principais ações desenvolvidas no projeto resumem-se a: tradução da Língua Brasileira de Sinais para Língua Portuguesa e vice-versa. Acompanhamento dos alunos surdos matriculados na Instituição nos mais diversos momentos que se fizeram necessários: palestras, oficinas, protocolo, secretaria, tesouraria, reuniões etc. Assessoramento a professores para o melhor atendimento aos alunos surdos. Assessoramento a alunos surdos com dificuldades na interação acadêmica de modo geral. Realização de momentos de integração entre surdos e a comunidade acadêmica. Estabelecimento de parcerias com Setores internos do Unilasalle e entidades representativas deste público, bem como com as entidades conveniadas para estágios voluntários e curriculares com as entidades e empresas da região.

Os cursos de extensão na área de LIBRAS, nível I e II e III são focados no conhecimento e prática da Língua Brasileira de Sinais para acadêmicos, professores e comunidade. É uma referência, ao longo dos anos, e tem auxiliado a muitos familiares e educadores na aproximação dos ouvintes e surdos.

O curso de Intérprete de LIBRAS, ministrado integralmente por professores surdos, é focado na formação do profissional que irá interpretar e ser o elo de comunicação entre os surdos e a sociedade, está na 7ª edição e forma, em média, 25 profissionais qualificados a cada ano.

Por fim, cabe ressaltar que todos estes processos de acolhida e inserção de alunos surdos nos cursos de Graduação, bem como os processos das áreas afins e do estímulo à formação, gera resultados. Ao longo de mais de uma década de investimentos na inclusão de alunos surdos na Educação Superior, tendo formado 16 alunos surdos em diferentes cursos, coletamos informações também sobre suas trajetórias após a graduação.

Resgatando os resultados obtidos no levantamento realizado com os egressos surdos, diplomados no Unilasalle, obtivemos a informação de que dos 16 pesquisados, 8 responderam. Destes 4 trabalham diretamente na área de formação.

Quanto aos motivos para escolha do curso, quatro dos respondentes argumentaram que estavam em busca da formação como docentes, fortemente motivados por já trabalharem com surdos e buscarem a melhor formação para a continuidade da inclusão de surdos na sociedade predominantemente de ouvintes. Além disto, dois dos pesquisados buscaram o curso em função do trabalho que já exerciam, visando a melhoria na carreira profissional.

Em relação à importância e influência da realização do curso superior em suas trajetórias profissionais, encontramos que dos 8 respondentes da pesquisa, 6 não trabalhavam antes do ingresso no curso, corroborando a importância do ingresso ao curso superior na promoção da inclusão no mercado de trabalho. Um dos pesquisados traduz este sentimento ao relatar "Sim ajudou muito e ela mostrou muitos caminhos que eu não conseguia me encontrar e em meio aos estudos descobri algo que não sabia, mas depois mais tarde comecei trabalhar com pessoas que convivo na empresa". Dois, dos respondentes já trabalhavam e buscam a ascensão profissional, após a graduação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo mostrou o resultado das políticas de acesso e de permanência de alunos surdos na comunidade universitária do Unilasalle. Os resultados da pesquisa evidenciam os acadêmicos surdos num significativo processo de: autonomia pessoal-profissional em suas áreas de formação; inserção na universidade e mercado de trabalho; e melhora da autoestima e autoimagem pessoal.

Tal processo nos leva a afirmar que a inclusão e a permanência dos surdos na dinâmica social e nos processos educativos exige visão sistêmica dos atores envolvidos no processo. Neste cenário,

escola, universidade, família, comunidade, sociedade civil organizada e Estado precisam participar de forma a garantir o acesso e a permanência do surdo nos programas educacionais, sociais e no mercado de trabalho.

As Políticas de Inclusão e de Permanência do surdo, adotadas pelo Unilasalle, apresentam sensíveis sinais de êxito na medida em que se voltam para o atendimento do surdo, seus intérpretes, seus professores, a comunidade acadêmica e a comunidade local. Estas políticas evidenciam-se desde a formação de professores, de intérpretes, da mediação do aluno surdo da educação básica perpassando os diferentes graus de escolaridade até a pós-graduação *stricto senso*, como é o caso verificado com um aluno egresso da IES em estudo e que hoje continua na condição de docente da Instituição.

No campo educacional destaca-se a relevância de começar com ações voltadas para a estimulação precoce de toda a criança surda, inclusive na vivência com seus pares. Esse trabalho pode garantir, ao menos, a orientação da criança e a ressignificação do espaço desta criança na família. A inclusão das famílias, a exemplo do que ocorre no Unilasalle, como novo ator educativo é processo a ser desenvolvido por outras instituições educacionais, a fim de garantir a continuidade das ações educativas e inclusivas no âmbito familiar e social. Para tanto, a aprendizagem da Língua de Sinais, bem como o uso simultâneo de sinais, falas e gestos é tarefa de todos.

Ainda no âmbito educacional, já na educação básica é preciso ocupar-se com políticas de inclusão das crianças e jovens surdos. Essas políticas, no nosso entender, considerando os dados da pesquisa e políticas educacionais do MEC, passam pela formação dos profissionais da educação, pelo trabalho com suas famílias. Da mesma forma devem considerar uma nova pedagogia que resgate a interdisciplinaridade, as novas formas de ensinar e de aprender, o aprendizado de língua estrangeira, o modelo de turmas, os conteúdos curriculares, dentre outros, precisam ser revistos conforme os princípios legais e pedagógicos (BRASIL, 1995).

A formação de interpretes, a exemplo do caso Unilasalle, conforme as áreas do conhecimento é de extrema necessidade para a inclusão de surdos. A Formação destes precisa ser discutida constantemente pelas instituições de ensino, famílias e empresas garantindo seus processos de formação inicial e continuada. Acompanhamento aos alunos e funcionários surdos, com feedbacks regulares ajuda a aprimorar processos de ensino e de aprendizagem, bem como a parceria com o Ministério do Trabalho no Brasil.

A formação e a sensibilização dos gestores e do pessoal técnico-administrativo para a inclusão dos surdos nas instituições, torna-se cada vez necessidade premente na compreensão do surdo, especialmente na otimização de sua comunicação e na compreensão de sua cultura. O investimento na formação da comunidade acadêmica, e não apenas no aluno ou interprete, também gera maior autonomia, inclusão e comunicação. Esta tarefa, além do Estado, cabe às iniciativas da escola, da sociedade e das instituições em geral.

A adequação dos espaços, conforme a Lei da Acessibilidade (BRASIL, 2000), garantindo a acessibilidade ao surdo, (bem como às demais pessoas com deficiência) de modo que a estrutura e a infraestrutura institucional favoreça o estudo e/ou trabalho, é fator de inclusão e qualidade de vida.

Por fim, o conhecimento, o estudo e o constante debate sobre a legislação e as políticas de inclusão de surdos no meio educacional, social e no mercado de trabalho pode gerar conscientização, sensibilização na população e como consequência, maior garantia de seus direitos não apenas educativos, mas principalmente sua consequente inserção e permanência no mercado de trabalho e pleno exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. J. F. Libras na Formação de Professores: Percepção dos alunos e da professora. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Educação, Comunicação e Artes, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

ANSAY, N. N. A Trajetória escolar de alunos surdos e a sua relação com a inclusão no ensino superior. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

BARDIN, L. (1988). Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 1988.

BRASIL. Ministério da Educação, Centro Nacional de Educação Especial. Proposta Curricular para deficientes Auditivos. Brasília: Centro Nacional de Educação Especial, 1979.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria da Educação Especial. Diretrizes Educacionais sobre Estimulação Precoce. Brasília: Secretaria de Educação Especial. 1995.

BRASIL. Ministério da Educação. Lei de Diretrizes da Educação Básica. *LDB 9.394/96.* Brasília: Ministério da Educação, 1996.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 10.098, de 19 de novembro de 2000. Brasília: Presidência da República, 2000.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto Nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Brasília: Presidência da República, 2005.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado do trabalho. Cartilha. Brasília: MTE, 2007. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BCF9D75166284/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2014.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria da Educação Especial. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2008.

BRASIL. Instituto Nacional de educação de Surdos. Educação Inclusiva. Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 12.319, de 1º de setembro de 2010. Brasília: Presidência da República, 2010b.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Censo da Educação Superior 2010. Brasília: INEP, 2011. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2010/divulgacao_censo_2010.pdf>.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Documento Orientador Programa Incluir - Acessibilidade na Educação Superior SECADI/SESU–2013. Brasília: Presidência da República, 2013a.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Nº 12.881, de 12 de novembro de 2013. Brasília: Presidência da República, 2013b.

CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE. *Plano de Desenvolvimento Institucional.* Canoas: Unilasalle, 2014.

FOX, D. J. El proceso de investigación en educación. Pamplona: EUNSA, 1981.

FRANCO, M. L. P. B. Análise de conteúdo. Brasília: Liber Livro, 2005.

LARA, A. T. Processo formal de educação de pessoas surdas: subsídios para a (re) construção do espaço educacional para portadores de surdez. In: C. D. STOBÄUS, & J. J. M. MOSQUERA. (Org.). Educação Especial: em direção à Educação Inclusiva. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 133-146.

LOPES, M. C. Foto & Grafias: possibilidades de leitura dos surdos e da surdez na escola de surdos. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

LÜDKE, M. & ANDRÉ, M. Pesquisa em educação: abordagens qualitativas. São Paulo: EPU, 1986.

MARQUES, M. & DINIZ, M. D. Pessoas Surdas no ensino Superior: Uma análise do programa de Inclusão das faculdades Integradas Ipiranga. In: *ANAIS* do Congresso Internacional do INES; Seminário Nacional do INES, 18, 2013, Rio de Janeiro, 2013.

NAKAGAWA, H. E. I. Culturas Surdas: o que se Vê, o que se ouve. Dissertação Mestrado, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

QUADROS, R. M., CERNY, R. Z. & PEREIRA, A. T. C. Inclusão de surdos no Ensino Superior por meio do uso da tecnologia. In: R. M. QUADROS (Org.). Estudos Surdos III. Série Pesquisas. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 30-55.

SKLIAR, C. La educación de los surdos. Uma reconstrucción histórica, cognitiva y pedagógica. Mendoza: EDINC, 1997.

STAKE, R. E. Investigación con estudio de casos. Madrid: Morata, 1998.

TABOSA, H. R. Atividades Inclusivas. Estudo da Trajetória da Inserção Social dos Surdos. Departamento de Desenvolvimento Pessoal/SRH. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2006.

UNESCO. Declaração de Salamanca. Salamanca: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura; Ministério da Educação e Ciência de Espanha, 1994. Disponível em: <http://redeinclusao.web.ua.pt/files/fl_9.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2014.

UNILASALLE CANOAS-RS

ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Bruno Bandeira de Vasconcelos[1]

RESUMO: Muitos países latino-americanos veem passando por dificuldades em aplicação de conceitos adotados de países europeus e norte-americanos. Um destes conceitos é o de democracia, termo cunhado desde a Grécia antiga e que hoje vem passando por uma crise de significado frente às anomalias do sistema representativo na América. Dessa forma, é objetivo desse trabalho analisar a realidade das democracias latino-americanas pós período ditatorial e apontar quais os elementos que essa conjuntura demanda na reformulação do conceito de democracia. Para atingir tal objetivo será realizado uma análise de cunho qualitativo e quantitativo através de um vasto material bibliográfico, tendo como principais expoentes Jürgen Harbermas, Noberto Bobbio e Roberto Gargarella, assim como os pesquisadores Juan Carlos Bayón, José Carlos Buzanello e Camila Penna. Serão também analisados dados das campanhas eleitorais estaduais e nacionais dos anos de 2010, 2012 e 2014 com o esforço de compreender as dinâmicas de escolha de representantes no Brasil. Os resultados da primeira fase desta pesquisa demonstram que o conceito de Democracia enfrenta problemas na sua dimensão teórica e na dimensão prática. Os problemas teóricos estão ligados à interdependência do conceito de democracia ao de Estado-nação. Os problemas práticos estão na não-observância do contexto latino-americano, onde práticas como o coronelismo, mandonismo, clientelismo e o lobismo ainda persistem. Todas essas anomalias causam um esvaziamento do conceito de democracia, afetando o usufruto dos Direitos Humanos de primeira e segunda geração. A partir dos resultados obtidos nesse primeiro momento foi possível estabelecer pontos de modificação e sugestões legislativas para uma gradual adaptação da realidade latino americana ao conceito de democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Movimentos Sociais; Representação.

UNILASALLE CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

A construção do conceito de democracia vem passando por algumas alterações durante séculos no imaginário político mundial, em especial nos países ocidentais. Quase sempre atrelada à ideia de Estado-Nação, essa concepção acompanhou as mudanças geopolítica internacionais como a crise de 1929, as duas guerras mundiais e o surgimento de órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a União Europeia (EU) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Assim como nas demais sociedades, o conceito também é tratado na Constituição federal brasileira enquanto um dos fundamentos da formação do Estado. Conforme o preâmbulo constitucional brasileiro, o Brasil constitui-se enquanto um estado democrático e todo o seu "poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". O problema surge quando o conjunto de decisões tomadas pelos países ultrapassam as escolhas individuais dos representantes populares. Quando as escolhas externas ao processo de representação passam a interagir e desenvolver mais força sobre os elementos internos de escolha aparece o que se fala em processo de anomalia democrática. Este é um dos principais problemas enfrentados na atualidade em razão da adoção do conceito de democracia com base na ideia e estado-nação.

Assim, é objetivo desse artigo apresentar os problemas atuais acerca da conceituação de democracia representativa, como também de discutir algumas soluções propostas por juristas e filósofos reconhecidos na atualidade como Manuel Atienza e Carlos Bayón. Para tanto será discutido em um primeiro momento o papel de proteção e atuação do Estado frente ao indivíduo na sua singularidade pela ótica dos contratualistas enquanto que no segundo momento será apresentada a

1 Mestrando em Direito na UFRGS, brbveg@gmail.com

perspectiva desenvolvida pela filosofia jurídica contemporânea, em especial a regionalização do direito proposta por Manuel Atienza.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

Nesse cenário de crise dos conceitos de democracia faz-se necessário recorrer à base filosófica de discussão acerca do Estado Moderno no intuito de procurar uma solução para a problema do papel do indivíduo nas decisões estatais. Thomas Hobbes, ainda durante o século XVII, elencou em suas obras questões relativas à obrigação e o dever do Estado Moderno perante a sociedade. Um dos pontos chave para a compreensão da teoria Hobbesiana está nas tarefas do Estado perante o indivíduo e do indivíduo perante o Estado. Apesar de não ser referenciado enquanto um teórico para a análise do direito de resistência e de participação política, a leitura à contrapelo[2] (GINZBURG, 1987) de sua obra ajuda na compreensão e das hipóteses em que o cidadão não deve obediência perante ao Governo (e não ao Estado)[3]. Dessa forma, conseguimos ao longo de sua leitura desvendar os aspectos iniciais da democracia.

A base da teoria hobbesiana está na compreensão do ser humano em seu estado natural: o da preservação de si e de seus proveitos. O estado de natureza é o estado de preservação do direito individual absoluto e sem limites, o que gera por sua definição uma ameaça à subjetividade do outro. Dessa forma, por não possuir limitações, o direito de todos contra todos também é o direito de todos sobre todos e todas as coisas, o que gera o sentimento de autopreservação e por consequência a violência. Assim, "[...] quando não existe algo como um poder soberano constituído, o qual proporciona esta proteção, deve-se entender com isso que o direito de todo homem a fazer qualquer coisa que pareça boa a seus olhos ainda permanece com ele [...]" (HOBBES, 2010, p. 236). Com isso, se o soberano não garante aos indivíduos condições de segurança frente a um terceiro, o direito original de autopreservação ainda permanece com o indivíduo e este, conforme destaca Buzanello:

> Nesse caso, os limites do Estado são alargados por força das circunstâncias, mas de qualquer forma cabe o direito de resistência. Não é diferente a conclusão de Hobbes, de que todos os direitos foram transferidos dos cidadãos para o soberano para possibilitar a convivência comum; contudo, se aquele ameaça de morte os súditos, estes têm o direito de resistir, pois foram aviltados no seu primeiro direito, razão da existência do Estado. (BUZANELLO, acesso em 2016)

Portanto, para além o apresentado pelo supracitado autor, o direito de resistência em Hobbes ainda permanece mesmo quando a vida do indivíduo não está em risco iminente, como no caso de cobranças superiores à sua capacidade de pagamento (HOBBES, 2010, p. 139). Visto dessa forma, fica o questionamento se, durante a obra de Hobbes permanece a possibilidade de destituição do soberano sem, com isso, retornar ao estado natural do homem: o da autopreservação e o da guerra contra todos. Em diversas passagens é possível auferir que na obra *Elements of Law* (elementos da lei) não está presente esse caso[4], pois apesar de governo e Estado não coincidirem no mesmo conceito, Hobbes aponta que a destituição de um levaria ao fim do outro.

---

2 A leitura à contrapelo é um terno desenvolvido por Carlo Ginzburg ao longo de sua trajetória enquanto historiador do período medieval. Ao pesquisar questões relativas a instituições e organismos oficiais, o historiador também deve-se manter atento para perceber as resistências dentro das entrelinhas traçadas pela história oficial.

3 A diferença entre Governo e Estado pode ser exemplificada na obra de Thomas Hobbes como o paralelo da figura do monarca e do próprio Estado Moderno. O governo representa o conjunto de indivíduos enquanto o Estado representa um conceito abstrato.

4 Pode-se perceber ao longo da obra trechos em que o autor denota o retorno ao estado natural do homem. Na página 139, em respeito às cobranças a rendas pessoais, quando essas ultrapassarem o valor limite, então vale a

Sobre os motivos que levariam a um povo resistir a um Governo, Thomas Hobbes destaca três gêneros de sedição: o descontentamento, a pretensão de direito e a expectativa de êxito. Destas categorias apresentadas a pretensão de direito merece destaque, pois "se dá quando os homens têm uma opinião ou pretendem ter uma opinião, de que em certos casos eles podem legitimamente resistir àquele ou aqueles que detêm o poder soberano, ou privá-los dos meios de executar esse poder" (HOBBES, 2010, p. 138). Essa seria uma falácia de acordo com o pensamento de Hobbes pois insurgiria a espada particular:

> Esse poder de coerção – como foi dito no capítulo II, seção 3, da última parte – consiste na transferência do direito que cada homem tem de resistir àquele a quem se transferiu o poder de coerção. Portanto, segue-se que nenhum homem, em qualquer república que seja, tem o direito de resistir àquele, ou àqueles, a quem transferiu este poder coercitivo ou (como os homens costumam chamar) a espada da justiça, supondo possível a não resistência. (HOBBES, 2010, p. 137)

É nessa categoria que incorrem as resistências de objeções de consciência, presentes até a contemporaneidade em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro[5]. Entretanto, Hobbes afirma em diversos momentos não é possível tal prática dentro de um Estado, pois abriria a possibilidade de que cada homem guardasse para si o poder da espada para resistir ao que acredita ser o correto. A base da argumentação de Hobbes é principalmente acerca da manutenção e na estabilidade de regimes durante a era moderna. Dessa forma, contextualizando historicamente a construção do seu pensamento com as repúblicas de pouca duração em contraposição com as monarquias de longa estabilidade como a inglesa, o autor pautou sua defesa do poder absoluto como um aspecto de manutenção nos regimes.

Portanto, a partir do exposto é possível perceber que as causas de formação do Estado para Thomas Hobbes giram em torno do medo e da autopreservação. Assim, somente com a restrição de direitos realizadas pela confluência em uma convenção com o Estado os indivíduos conseguiriam estabelecer uma ordem estável e democrática.

Uma das problemáticas envolvendo o conceito hobbesiano de formação e estruturação estatal está na ausência de contrapontos individuais para o enfrentamento perante o Estado. As causas de dissolução do governo levam necessariamente, durante a obra do autor, ao fim do Estado e ao retorno à condição natural dos seres humanos: a guerra. Também é inexpressivo na obra de Hobbes instrumentos de participação individual para o contraponto ao poder Estatal pelos indivíduos, considerado por Hobbes como a espada individual, atuação essa que também levaria ao fim do governo, do Estado e o retorno à condição natural do homem.

Assim, a dinâmica da modernidade e da contemporaneidade mostrou que os Estados podem e devem possuir instrumentos de contrapesos para a sua atuação frente aos indivíduos, mostrando que a perspectiva adotada por Hobbes ainda no século XVII era insuficiente para ilustrar a relação entre esses entes. Além deste, outros teóricos como Jonh Locke também procuram exercitar o diálogo entre Estado e indivíduos.

Em sua obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil (séc. XVII), John Locke observa que das causas de formação do governo civil estão não apenas o medo de retaliações como destaca Thomas Hobbes, mas também no "acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com

---

espada particular, o homem retorna ao seu estado natural. Em outro trecho, na página 142, Hobbes diferencia uma soberania absoluta de uma assembleia que pode ser dissolvida, retornando assim ao estado natural. Assim, Hobbes se aproxima de um filósofo do poder absoluto e não de um Absolutismo.

5 Presente na Constituição Federativa brasileira de 1988 no artigo 5º, VIII, e no art. 143, § 1º, conforme destaca José Carlos Buzanello.

UNILASALLE CANOAS-RS

segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade." (LOCKE, 2008, p. 61)

A condição natural dos homens fora da constituição de um Estado em John Locke nos remete à uma situação horizontal de igualdade absoluta entre os indivíduos. Assim, se um homem deseja fazer mal a outrem também poderá receber esse mal como consequência:

> Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano. (LOCKE, 2008, p. 36)

Dessa forma, o Direito natural em Locke observa atentamente às particularidades do *genesis* bíblico na medida em que não garante um direito absoluto de todos sobre todas as coisas (permissividade), mas de todos os direitos necessários a preservar à sua pessoa (liberdade). É evidente a existência de uma organização pré-estatal que também cria e organiza as liberdades e as punições aos excessos cometidos pelos indivíduos[6]. Entretanto, o principal motivo apresentado pelo teórico para a união entre os homens ainda permanece na manutenção de um conjunto de direitos listados dentro do conceito de propriedade (LOCKE, 2008, p. 37).

Entretanto, diferente do olhar apresentado por Hobbes em que o Estado tomaria as decisões de forma quase absoluta frente aos membros, John Locke aponta que as decisões em um governo civil são tomadas pela maioria, assim como o governo:

> E por isso, naquelas assembleias cujo poder é extraído de leis positivas, em que a lei positiva que os habilita a agir não fixa o número estabelecido, vemos que a escolha da maioria passa por aquela do conjunto, e importa na decisão sem contestação, porque tem atrás de si o poder do conjunto, em virtude da lei da natureza e da razão[...] E assim cada homem, consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se obriga diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e a concordar com ela; do contrário, se ele permanecesse livre e regido como antes pelo estado de natureza, este pacto inicial, em que ele e os outros se incorporaram em uma sociedade, não significaria nada e não seria um pacto. (LOCKE, 2008, p. 61)

Partindo do pressuposto argumentativo de John Locke é possível aferir que o respeito à decisão judicial manifestada por um Tribunal de Justiça adentraria no respeito da maioria, pois a tomada dessa decisão é feita por um órgão membro de um governo escolhido pela maioria. Assim, o elemento chave para o relacionamento entre os indivíduos e o Estado está na escolha do Governo Civil.

Diferente de Thomas Hobbes, John Locke abre a possibilidade de instituição de governos longos e duradouros fora do espectro da monarquia absolutista, prática essa já habitual entre os antigos[7]. Assim, abre uma nova perspectiva de análise pautada também na história dos povos antigos para a compreensão do porquê do surgimento dos reinos (profanos e sagrados).

Assim como Hobbes destaca que o papel do Estado seria a preservação da vida e dos seus proveitos, John Locke designa ao Poder Legislativo ou ao poder supremo do Estado a tarefa de exercer

---

6 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 37

os dois poderes por ele elencados como ausentes em um estado de natureza: julgar e punir conforme a coletividade, pois muitas condições careceriam em um estado de natureza:

> Em primeiro lugar, ele [estado de natureza] carece de uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. [...]. Em segundo lugar, falta no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida. [...]. Em terceiro lugar, no estado de natureza frequentemente falta poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução. (LOCKE, 2008, p. 69)

O poder de julgar ocorre, segundo o autor, através de atos de juízes que julgam a partir de uma visão social, defendida pela maioria dos seus membros (LOCKE, 2008, p. 70). Assim como o poder de julgamento, o poder de punição (execução) não cabe ao indivíduo dentro de um corpo político, mas ao chamado Poder Executivo (executor e não executivo na carga de conteúdo contemporânea). Em torno dessas práticas John Locke destaca que é necessário que haja justiça e que tais práticas sejam tomadas com base o coletivo e não o individual, adiantando assim as causas de dissolução desse governo civil.

Uma das problemáticas que surgem com o advento dos Estados a partir da perspectiva Lockiana é como o indivíduo circunscrito dentro desse corpo civil deve agir em caso de corrupção do sistema e de não garantia dos direitos naturais.

Antes de apontar a causas de dissolução do governo, Locke destaca as diferenças entre Governo civil e Estado, deixando em evidência as situações em que a derrubada de uma leva necessariamente ao fim da outra.

> Quando se deseja falar da dissolução do governo com alguma clareza, é preciso começar por distinguir entre a dissolução da sociedade e a dissolução do governo. Aquilo que constitui a comunidade e tira os homens do estado livre da natureza e os coloca em uma sociedade política é o acordo que cada um estabelece com o restante para se associar e agir como um único corpo, e assim se tornar uma comunidade civil distinta. A maneira usual e praticamente a única pela qual esta união é dissolvida é a invasão de uma força estrangeira realizando uma conquista LOCKE, 2008, p. 93)

Diferente de Hobbes, Locke desenvolveu uma vasta teoria sobre o direito de resistência frente aos atos do Estado "[...] quando os indivíduos estivessem convencidos de que a propriedade, a liberdade, a vida e também a religião estavam em perigo. A resistência, assim concebida, é constituída para derrotar exatamente a força ilegítima que atua contra bens e valores" (BUZANELLO, 2008, p. 60). Ou seja, quando o Estado falhar na prestação do que Locke concebe enquanto propriedade, conforme visto anteriormente, está autorizada a resistência e dissolução do governo civil.

John Locke opera então como um defensor do liberalismo estatal, atribuindo ao governo somente a função de preservar os direitos individuais e os bens comuns" (BUZANELLO, 2008, p. 60). Suas ideias acastelam os interesses burgueses de uma sociedade que saia da transição feudal para a sua formação capitalista. Ao combater o absolutismo do Estado, Locke abre espaço para a atuação do comércio e dos direitos individuais da burguesia.

Outra situação apresentada como legítima para a resistência perante o Estado está na usurpação de poder legislativo, quando esse passa a não exercer a sua função determinada no parlamento. A terceira hipótese colocada seria a do abuso de poder, característico do Estado absolutista inglês:

> Abuso de poder: ocorre quando o governante ou o legislativo se torna tirano, agindo contrariamente ao encargo que recebem ou transgredindo a regra fundamental da sociedade, seja por ambição, loucura ou corrupção, tornando-se a si mesmos

> senhores da vida, da liberdade e dos direitos do povo. Nesse caso, deixa de ser devida a obediência dos governados e, se os governantes insistem em permanecer no cargo, a resistência passa a ser um verdadeiro dever, antes de ser direito, isto é, "apelar aos céus", na expressão de Locke. " (BUZANELLO, 2008, p . 68)

Portanto, é possível perceber que Locke deposita no Poder Legislativo as principais prerrogativas de defesa do cidadão frente ao Estado. É do legislativo que também emergem as normas que deverão ser obedecidas, constituindo o que é ilegal e o que seria aceito socialmente. Nesse contexto, a revogação do Poder legislativo, assim como a sua corrupção, ambição ou loucura representaria um perigo para a sociedade, podendo esta se voltar contra essas normas e contra o próprio Estado:

> Quando um ou mais indivíduos assumem a tarefa de legislar, sem que o povo os tenha autorizado a fazê-lo, eles fazem leis sem autoridade, e por isso o povo se vê novamente desobrigado de qualquer sujeição e pode constituir para si um novo legislativo, como achar melhor, estando em ampla liberdade para resistir à força daqueles que, sem autoridade, iriam lhes impor qualquer coisa. (LOCKE, 2006, p. 214)

Ainda que no século XVII (1662) os enigmas que atravessam a relação entre o indivíduo e o Estado ainda estivessem obscuros e pouco estudados, John Locke e Thomas Hobbes laçam argumentos que podem ser debatidos ainda hoje no século XXI. Um possível exemplo contemporâneo desse tipo de resistência a atos ilegítimos do Estado está na Ucrânia. Durante o ano de 2014, o referido país que faz fronteiras geográficas, políticas, sociais e econômicas com a União Europeia e com a Rússia, aprovou uma lei que proibia e criminalizava atos de protesto realizados em ambientes públicos. Uma parcela da população, indignada, voltou às ruas, ignorando as normas instituídas pelo governo e resistindo aos atos estatais, já considerados ilegítimos. O resultado da insubordinação social foi a queda do Governo de Viktor Ianukovich, revelando assim um poder que já havia se corrompido e que não atendia às demandas populares.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

A subversão e a corrupção do poder legislativo e/ou poder executivo, conforme destacado por John Locke constitui causa de dissolução do governo civil. Os indivíduos são chamados assim a participar do processo de derrubada dos governantes e reinstituição de um novo governo civil pautado na vontade da maioria assim manifestada.

Portanto, diante o exposto é possível perceber algumas semelhanças e tantas diferenças entre os contratualistas do século XVII acerca da relação entre Estado e indivíduo. Chega-se assim a conclusão que as forças que gerem, nutrem e legitimam o Estado está no poder político dos indivíduos que assim se unem em prol da construção de um governo civil.

Diferente do que aponta John Locke e Thomas Hobbes, Montesquieu destaca que a situação onde o ser humano estaria em um estado natural seria também regida pelas leis naturais que, em razão da igualdade e do medo dos outros, haveria uma situação de paz. Montesquieu utiliza assim os mesmos argumentos dos seus predecessores, mas de forma a construir uma teoria original e contrária aos demais contratualistas:

> *Le désir que Hobbes donne d'abord aux hommes de se subjuguer les uns les autres, n'est pas raisonnable. L'idée de l'empire et de la domination est si composée, et dépend de tant d'autres idées, que ce ne serait pas celle qu'il aurait d'abord. Hobbes demande pourquoi, si les hommes ne sont pas naturellement en état de guerre, ils vont toujours armés, et pourquoi ils ont des clefs pour fermer leurs maisons. Mais on ne sent pas que l'on attribue aux hommes avant l'établissement des sociétés, ce*

> *qui ne peut leur arriver qu'après cet établissement, qui leur fait trouver des motifs pour s'attaquer et pour se défendre.* (MONTESQUIEU, acesso em 2016)[8]

Assim, mesmo que parta do mesmo princípio hobbesiano do mesmo e da necessidade de auto-preservação dos seres humanos em uma situação inicial e anterior ao surgimento dos Estados, Montesquieu chega a uma conclusão divergente, apoiando-se na ideia de que a paz é o elemento que inicialmente rege o convívio humano. Dessa forma, o estado de guerra entre os homens começa a partir do momento em que estes formam uma sociedade (MONTESQUIEU, acesso em 2016, p. 24), criando situações de desigualdade e dominação.

Inicialmente injusto e violento, o governo civil apresentado por Montesquieu necessita de uma série de instrumentos para a pacificação social. Para este momento serão analisados principalmente os elementos formadores do que Montesquieu denominou de D*roit politique* (direito político), ou também chamado de Direito político, normas estas destinadas à relação estabelecida entre os cidadãos e aqueles que os governam.

Passados os elementos iniciais da formação do Estado moderno e da sua modificação ao longo da história, chega-se à indagação: qual o significado ideal e real de democracia? Em uma pesquisa realizada ao longo dos anos 2000, chegou-se à conclusão que o conceito não possui uma participação no cotidiano dos latino americanos pois:

> Em alguns dos países latino-americanos um percentual muito elevado dos entrevistados não respondeu ou não soube dizer qual é o significado que atribuiria à democracia. Há quatro casos nacionais [sic.] em que a proporção dos que não responderam ou não souberam situa-se em valores superiores a 40% nas duas medições: Brasil, El Salvador, Colômbia e Guatemala. (VITULLO, 2007, p. 82)

UNILASALLE CANOAS RS

O percentual atribuído ao Brasil foi de 63% em 2002, corroborando com as teorias levantadas acerca da falta de apoio aos regimes democráticos na América Latina e, em especial, em países onde sobrevieram regimes totalitários por um largo período de tempo (VITULLO, 2007, p. 82). Entretanto, mesmo em países assolados pelo fenômeno de regimes totalitários, como no caso da Argentina[9], os índices se mantiveram baixos (11% em 2002), demonstrando que os elementos que distanciam o povo da discussão política não são palpáveis apenas pelos critérios de sistemas políticos.

Portanto, é possível perceber que em países que passaram por uma tradição de profundos debates acerca do processo de redemocratização ou mesmo da história política do país há uma conscientização maior do conceito de democracia e das necessidades essenciais da população. Exemplos como Argentina e Chile ilustram que, mesmo em casos onde houveram um número considerável de golpes ao longo do século XX, é possível perceber que o debate político auxiliou na concepção de um conceito de democracia. Entretanto cabe o questionamento: quais os conceitos sugeridos de democracia pela população?

Esta questão merece um destaque na medida em que adiciona uma perspectiva realista do conceito de democracia, termo este cunhado e estudado há milênios por intelectuais e filósofos. É

---

8 "O desejo que Hobbes deu primeiramente aos homens de se subjulgar uns aos outros, não é razoável. A ideia de império e a dominação é tão complexa e depende assim de outras ideias, que isso não seria aquilo que ele faria primeiramente. Hobbes pergunta porque, se os homens não estão naturalmente em um estado de guerra, eles vão sempre armados, e porque eles têm chaves para fechar suas casas. Mas não se perceber que se atribui aos homens antes o estabelecimento das sociedades, isto que não pode os obter que antes deste estabelecimento, que lhes faz encontrar motivos para se atacar e para se defender".

9 Argentina é um dos exemplos latino-americanos mais emblemáticos, pois conforme destacam alguns historiadores, o país passou ao longo do século XX por seis (6) golpes de Estado. Todos igualmente longos e importantes na construção imagética do significado de democracia e de ditaduras.

preferível dizer que uma conceituação de sistema democrático a partir da população em geral possa nos fornecer os caminhos mais desejáveis para uma reformulação do conceito.

Em 2002, cerca de 35% dos entrevistados nos 17 países incluídos na medição latinobarômetro relacionaram o conceito de democracia com o exercício da liberdade enquanto que apenas 6% relacionaram ao direito ao voto. Quando questionados acerca do conceito de democracia, os pesquisadores apresentaram oito (8) alternativas fechadas, mas sem incluir dentro delas questões como a participação popular no governo:

> Concretamente são oferecidas oito opções aos entrevistados: eleições regulares, limpas e transparentes, uma economia que assegure uma renda digna, um sistema judiciário que trate a todos por igual, liberdade de expressão, respeito às minorias, governo da maioria, um sistema de partidos que concorram entre si, membros do parlamento que representem seus eleitores. De todas elas, as que mais adesões conquistaram foram as quatro primeiras, as que juntas somaram em média 73% no conjunto dos 17 países incluídos na medição de 2002 [...](VITULLO, 2007, p. 84)

Dessa forma, o conceito de democracia através desta pesquisa transitaria entre a escolha de representantes para o exercício político e a efetividade de direitos fundamentais e sociais através da economia. Segundo a mesma pesquisa as concepções de democracia dentro dos países latino-americanos destoam do conceito entendido nos Estados Unidos da América, onde há uma prevalência da conotação política e de liberdade ((VITULLO, 2007, p. 87).

A crise do sistema de representação democrática não tem suas origens na contemporaneidade. Muitos autores têm desenvolvido projetos em que há uma maior participação popular e representação sem, contudo, conseguir êxito e efetividade nas suas tentativas (MIGUEL, 2014)[10].

Parte dos problemas na efetivação dessas tentativas reside no fato do conceito atual de democracia ainda estar atrelado ao de Estado-Nação: "la forma institucional que há adoptado el ideal democrático en la modernidad ha sido, para bien o para mal, el gobierno representativo em el marco de los estados-nación" (MIGUEL, 2014, p. 121). A superação do conceito de democracia pautada no conceito de estado-nação é explicado pelo autor como algo desejável, pois superaríamos uma visão estadista da democracia. O resultado final dessa iniciativa seria a valorização de uma democracia a partir do rompimento do vínculo entre soberania e governo democrático, superando assim a visão de que a democracia necessariamente seria fornecida através da figura do Estado.

Outro ponto que merece ser destacado da apresentação de Bayón é a questão das internalidades e das externalidades dentro de um sistema político qualquer (MIGUEL, 2014, p. 123). Qualquer que seja a eleição e a escolha democrática dos indivíduos existem elementos internos dessa escolha e externos, assim como nas escolhas e nas práticas governamentais.

Os elementos internos seriam aqueles em que os indivíduos poderiam agir diretamente, seja através da escolha dos seus representantes, seja através de ações ou de conhecimento. A externalidade nos processos democráticos ocorre justamente quando esses elementos fogem ao conhecimento e à

---

10 Parte dos problemas na efetivação dessas tentativas reside no fato do conceito atual de democracia ainda estar atrelado ao de Estado-Nação: "la forma institucional que há adoptado el ideal democrático en la modernidad ha sido, para bien o para mal, el gobierno representativo em el marco de los estados-nación"16. A superação do conceito de democracia pautada no conceito de estado-nação é explicado pelo autor como algo desejável, pois superaríamos uma visão estadista da democracia. O resultado final dessa iniciativa seria a valorização de uma democracia a partir do rompimento do vínculo entre soberania e governo democrático, superando assim a visão de que a democracia necessariamente seria fornecida através da figura do Estado.
Outro ponto que merece ser destacado da apresentação de Bayón é a questão das internalidades e das externalidades17 dentro de um sistema político qualquer. Qualquer que seja a eleição e a escolha democrática dos indivíduos existem elementos internos dessa escolha e externos, assim como nas escolhas e nas práticas governamentais.

escolha pessoal de cada indivíduo do meio social. Exemplos clássicos de externalidades nas escolhas de representantes, assim como nas práticas governamentais está na atuação do Fundo Monetário Internacional (FMI) na regência de economias que passam por crises. Outro possível exemplo está na sobreposição da vontade da União Europeia (EU) em cima das escolhas, como no caso da dívida pública grega de 2015[11].

Uma das soluções apresentadas pelo autor seria da descentralização das tomadas de decisão, tornando uma sociedade mais heterogenia e com diversos centro de decisão. Delegar autoridade implica em ter uma capacidade de requerê-la novamente, argumento também apresentado por Hobbes em diversas passagens[12]. Portanto, a conclusão verificada pelo autor é a da construção de um conceito de soberania *post-soberana*, onde deixaríamos de pensar em uma comunidade política partindo do pressuposto de apenas um tipo de cultura, e acrescendo a ideia de que a democracia existe em uma multiplicidade de indivíduos e culturas.

Surge então o questionamento de como seria possível traçar governos que ultrapassassem as fronteiras do nacional uma vez que as culturas dentro dos países já são, muitas vezes, o suficiente para emergir conflitos. Para compreender esta barreira é necessário levantar a diferença dos conceitos de *ethnos*, *demos*, e *demoi*.

O que define um *demos* é a capacidade dos seus membros se sentirem pertencentes a um mesmo coletivo, representando assim uma identidade coletiva. Dessa forma, em uma situação de eleições, quem votar em candidatos que não sejam eleitos se confortará com a decisão tomada pela maioria. O demos pressupõe assim a aceitação de decisões diversas em razão do bem da comunidade, aproximando assim as visões de políticas desenvolvidas por Rousseau e por Hannah Arendt.

Por sua vez, o *Ethos* baseia-se na noção de língua, cultura e identidade própria. No entanto essa noção aplicada a uma identidade nacional fica fragilizada20 a partir do surgimento de instituições supranacionais entre países que possuem cultura diversa.

A ideia de democracia e de governabilidade não deveria, segundo Juan Carlos Bayón basear-se na ideia de apenas um *demos* comum, mas por um conjunto de *demois*:

> *Lo que resulta fundamental en calquier propuesta de democracia post-soberana es la idea de que deberíamos dejear de pensar en una comunidad política como algo necessariamente constituído alredor de um solo demos (sea mayor ou menor y más o menos homogéneo). Deberíamos pensar, em cambio, se disse, em uma multiplicidad de demoi superpuestos a los que los indivíduos pertennecerían simultaneamente y a partir de los cuales debería constituirse algun tipo de sistema político democrático policéntrico o compuesto.* (MIGUEL, 2014, p. 131)

Assim, chega-se a conclusão que o ideal democrático tem mudado com o surgimento de novos organismos de integração transnacionais como a União Europeia. O conceito de democracia urge então uma nova forma de realizar-se, mas sempre tomando como cuidado o não rebaixamento no seu conceito, o que fragilizaria os Estados Nacionais.

---

11 Mesmo com a escolha do 'não', o primeiro ministro grego Alexis Tsipras acatou ao conjunto de medidas impostas pelos credores da dívida pública grega, em sua maioria alemãs. Disponível em. < http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1651943-nao-vence-plebiscito-na-grecia-e-pais-rejeita-proposta-de-credores.shtml >. Acesso em 29 jan. 2016.

12 Ademais, visto que é impossível que qualquer homem que tem esse poder soberano seja capaz, em pessoa, de ouvir e solucionar todas as controvérsias, de estar presente em todas as deliberações acerca do bem comum, e de executar e cumprir todas as ações comuns a ela pertinentes, ainda há necessidade , por isso, de magistrados e ministros dos negócios públicos. Consequentemente, deve ser entendido que a indicação, nomeação e limitação dos mesmos é uma parte inseparável daquela soberania, à qual a essência de toda judicatura e execução já haviam sido anexadas." (2010, p. 138).

Em linhas gerais os movimentos de reivindicação possuem um papel ativo dentro do processo democrático e são responsáveis por conquistas importantes que vão desde a revogação de atos considerados incongruentes com a administração pública até a voto civil feminino, casamento homo afetivo, dentre outros. Dessa forma, os movimentos sociais não devem ser analisados sob a perspectiva apresentada por Hobbes como de dissolução dos governos, mas de fortalecimento da participação da democracia com papel na modificação social, assim como o próprio Direito.

Dessa forma, percebe-se que o legislador se preocupou em apresentar o poder constituinte como o principal elemento formador do Estado democrático (todo o poder emana do povo). Assim, verifica-se que a vontade popular é o principio do próprio Estado moderno e também o vetor para o fim dos governos (e não dos Estados). Portanto, compreende-se que a participação de um povo dentro da estrutura do seu poder ultrapassa os limites da chamada cidadania pelo voto. Maria Garcia apresenta um conceito de democracia em que ao cidadão são reservadas as garantias de interferir ativamente no corpo social:

> A liberdade deve tornar-se mais e mais participação: o cidadão deve participar na formação das grandes decisões políticas, deve participar mais ativamente, sempre, na gestão dos assuntos locais, deve também participar na gestão dos serviços econômicos e sociais, tais como a Seguridade Social e, sobretudo, na concretização de medidas de proteção das liberdades, questão sempre polêmica. (GARCIA, 2004, p. 136)

Com o fim do regime de exceção militar, o exercício da democracia expandiu os seus territórios na medida em que o país adentrou em uma longa jornada de reconstrução da economia e da sociedade. Longe de representar uma ruptura total para com o modelo pré-88, a Constituição Federal trouxe para o ordenamento brasileiro um "dever ser" no qual todos deveriam buscar a efetividade de suas normas. No entanto, com a crise econômica da década de 1980 e com a ascensão do neoliberalismo na década de 1990, algumas dessas garantias fundamentais defendidas foram deixadas de lado em torno de projetos eleitos como maiores, como a reforma econômica e do reaparelhamento estatal[13].

Percebeu-se, através da mudança do regime do *Welfare State* que as pretensões sociais apreendidas pelos movimentos saíram da reivindicação por um Estado democrático (pré-88) para a efetivação dos direitos então elencados na Constituição de 1988. Conforme destaca Buzanello, a função do Estado pós-88 continuou regida pelo princípio do bem estar social:

> Essa é a função do Estado: formular políticas que alcancem essa massa humana, que conhecemos por sem-terra, sem-teto, sem-renda, sem-emprego e sem-nada. A não distribuição equânime da justiça social, além de descumprir um preceito constitucional, legitima política e juridicamente os movimentos sociais a exercerem o direito de resistência. (BUZANELLO, 2006, p. 121)

Apesar do estruturado constitucionalmente, a realidade econômica e financeira do Brasil caminhou para outro lado, regido pelo neoliberalismo. Essa incoerência entre as normativas constitucionais e as práticas desse novo capitalismo geraram uma mudança substancial na estrutura do governo na década de 1990, retirando das prioridades de investimento estatal a saúde e a educação

13 Desse modo, cabe destacar a atuação dos planos econômicos do governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) que, apesar de impopular quanto aos direitos sociais e do Estado, trouxe uma relativa estabilidade para uma economia que saia da década de 1970 com índices de inflação e endividamento públicos estratosféricos. Durante o transcorrer dos anos de 1970, a dívida externa pulou de 4,6 bilhões (1969) para 52,2 bilhões (1978). A construção de obras de infraestrutura, de estádios, cidades e obras megalomaníacas seguidas de balanças comerciais desfavoráveis causaram um profundo endividamento público para com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e com o banco mundial.

pública. Por fim, também foi defendida a privatização de rodovias e de outros meios de locomoção (transporte coletivo dentro do município – regime de concessão), finalizando na privatização de empresas nacionais.

Quanto à democracia, além do voto, rotineiramente elencado como a forma de participação na democracia, há de se destacar os plebiscitos, os referendos, a participação enquanto jurados, assim como a aferição de todos os direitos políticos. Esses elementos são considerados integrantes do conceito de direitos políticos e devem ser levados em consideração no exercício da cidadania.

Portanto, partindo do pressuposto da acepção do conceito de democracia participativa, subentende-se legítimo o poder popular de questionar o público (representante do povo) nas suas atitudes, seja como fiscal, ou como partícipe. Em um entendimento mais geral do termo, as resistências e os protestos realizados pelos movimentos sociais pós-88 veem buscando a concretização dos princípios e preceitos constitucionais. Não há exigências pelo fim do Estado e nem pelo fim do Governo, mas pela real efetividade do que foi levantado na CF/88. Dessa forma, os movimentos sociais reivindicatórios pertencem a uma categoria defendida por Hobbes e por Locke como legítimas na elaboração de suas teorias políticas.

Manuel Atienza, jurista e filósofo da Universidade de Alicante (ESP) propõe uma análise do Direito sob uma perspectiva mais regional, valorizando o contexto de cada nação em torno de soluções amplas e irrestritas elaboradas em determinados contextos. Em questões claras, Atienza aponta que na contemporaneidade o Direito assumiu diversas funções para além do que habitualmente vinha desempenhando:

> Pues, por um lado, es comprensible que se vea com simpatia que un juez se atreva a ir más allá de donde los legisladores (y la Administración) parecían dispuestos a ir, al solicitar que se confeccionen las listas de los represaliados durante y después de la guerra civil [...]. (ATIENZA, 2013, p. 36)

UNILASALLE CANOAS-RS

A concentração de poder político no Direito é uma das deformidades presentes também no conceito de democracia na medida em que representa um elemento completamente exógeno à escolha democrática. Diversas questões que inicialmente são vistas com bons olhos por representarem conquistas de segmentos sem visibilidades da sociedade na verdade demonstram o grau de deformidade vivenciado.

A solução apresentada pelo autor não é simples, pois gera alguns questionamentos sobre um excesso de regionalização das teorias, mas ajuda a repensar o papel dos movimentos sociais dentro desse prisma, pois "Não nos damos conta, mas o que estamos importando das universidades do mundo anglo-saxão são problemas, métodos de análise e objetivos que podem não ser exatamente os que seriam de maior interesse para nós" (VALE, acesso em 2016).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dinâmicas dos séculos trouxeram elementos que modificaram as regras do jogo da democracia, tornando o conceito ultrapassado e ainda relacionado com a noção de estado-nação. Dessa forma, surgiram também elementos exógenos que enfraqueceram o poder de escolha dos representantes pelos indivíduos.

O aparecimento de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Mundial veem contribuindo igualmente para a retirada de decisões de países e para o estimulo de decisões multinacionais, globais. Fica evidente assim a necessidade de discussão acerca do que significa democracia e como transformar as externalidades em internalidades dentro do processo de escolha de representantes.

Assim, o presente trabalho propôs uma rápida indagação sobre os melhores caminhos a seguir em um primeiro momento na busca por uma redefinição da democracia e da modificação das práticas políticas em torno de uma maior representatividade dos indivíduos.

Os resultados obtidos podem ser descritos em três searas. A primeira apresentada por Manuel Atienza nos leva a perseguir um caminho voltado para a resolução de conflitos em uma escala regional, sem a aplicação de conceitos ou soluções descontextualizadas da prática diária. Dessa forma o conceito de democracia já não consistiria em uma peça única relacionada exclusivamente com o Estado, mas com organismos internacionais e diversas outras práticas mundiais presentes.

No entanto, o conceito de democracia ainda está estritamente ligado ao de Estado-nação, dificultando o processo de modificação. Os movimentos sociais surgem então como um elo de prática e ativismo na busca pela efetivação de direitos fundamentais. Assim, aliado à resolução de questões com base no regionalismo, os movimentos sociais agiriam no intuito de descentralizar questões relativas à democracia representativa, dando menos prerrogativas aos três poderes e recuperando parte das práticas tomadas pelo processo de judicialização.

A terceira solução para o problema da representatividade apresentado seria a utilização de democracia Post-Soberana: uma ideia de que deveríamos deixar de pensar em uma comunidade política como algo necessariamente construídos ao redor de apenas um tipo de demos. Esse conceito baseia-se em uma multiplicidade de *demoi* sobrepostos aos indivíduos que pertencem simultaneamente e a partir dos quais deveríamos se construir algum tipo de sistema político democrático composto e com vários centros. Com isso as organizações internacionais também estariam sujeitas à participação do indivíduo na sua singularidade e com isso o conceito de democracia encontraria uma maior eficiência na atualidade.

REFERÊNCIAS

UNILASALLE CANOAS-RS

ATIENZA, Manuel. Podemos hacer más: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia más allá del Estado? In: MIGUEL, Alfonso Ruiz. Entre Estado e cosmopolis. Madrid: editora Trotta, 2014.

BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006,

BUZANELLO, José Carlos. Direito de Resistência. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/ind ex.php/sequencia/article/view/15391/13974 >. Acesso em 26 de jan. 2016.

GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental. 2. ed rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GINZBURG, Carlo. O queijo e os vermes: O cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição. Trad. Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Cia. das letras, 1987.

HOBBES, Thomas. Elementos da lei natural e política. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo. Rio de Janeiro: Vozes, 2008

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O espírito das leis, p. 23. Disponível em: < http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf >. Acesso em 25 jan. 2016.

VALE, André Rufino do. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante >. Acesso em 26 jan. 2016.

VITULLO, Gabriel Eduardo. Teorias da democratização e democracia na Argentina contemporânea. Porto Alegre: Sulina, 2007.

.

UNILASALLE
CANOAS-RS

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA VERSUS FURTO: SELETIVIDADE DE QUÊ(M)?

Orlin I. Goranov[1]
Priscila Vargas Mello[2]

RESUMO: Trata-se de análise comparativa da aplicabilidade, supostamente isonômica, do Direito Penal em relação aos crimes contra a ordem tributária e os crimes de furto, buscando verificar se há discrepância entre as penas aplicadas. Parte-se da análise crítica de decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (no período compreendido entre julho de 2013 a junho de 2014, relativo aos crimes elencados na Lei 8.137/90) confrontando esses dados com as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (no que se refere às condenações pela prática de furto, no mesmo período). A incidência do Direito Penal de forma mais abrupta às classes subalternas é o que restou evidenciado. Os agentes que sonegaram tributos, ainda que tenham recebido pena superior aos dos agentes que cometeram o delito de furto, jamais chegaram ao sistema carcerário. Já nos casos de furto, praticamente 70% dos casos analisados iniciaram o cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto. Em outros dois casos comparados, verificou-se que a questão da reincidência também foi avaliada de forma distinta, visto que o agente que cometeu furto de um relógio, modem e rádio automotivo, condenado a pena de 1 ano e 3 meses (por ser reincidente) não recebeu a substituição da pena. Por outro lado, indivíduo condenado pelo desvio de mais de R$ 400.000,00 dos cofres públicos, condenado a pena superior a dois anos e também reincidente, teve sua pena privativa de Liberdade substituída por restritiva de direito. A função real do Direito Penal consiste em controlar a massa excluída e a utilização deste instrumento serve apenas como forma de coagir o contribuinte ao pagamento da dívida, confirmando o simbolismo e falácia denunciados pelo aporte da(s) Criminologia(s) Crítica(s).

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade penal. Crimes contra a ordem tributária. Furto.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O discurso clássico ou convencional do Direito Penal se justifica na proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade cuja escolha depende da observância de princípios constitucionais devidamente sopesados no intuito de evitar discricionariedade e arbitrariedade, primando pela isonomia entre todos os indivíduos.

O presente estudo objetiva desconstituir esse discurso verificando como ocorre a aplicação do Direito Penal perante duas classes antagônicas social e economicamente, na tentativa de constatar se, diante dos bens jurídicos violados, há proporcionalidade entre as consequências penais aplicadas em relação a cada delito.

Diante disso, surge o questionamento mais amplo: os crimes cometidos pelos que estão no topo de um regime capitalista sofrem, efetivamente, consequências compatíveis com o dano causado e o bem jurídico atingido ou são beneficiados pelo Direito Penal, selecionador dos mais débeis, social e economicamente?

Mediante a elaboração de um quadro comparativo entre os crimes contra a ordem tributária e os crimes de furto a pesquisa procurou responder os seguintes questionamentos: a) há uma punição equânime na aplicação do Direito Penal? b) Há observância aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da isonomia?

2 DIREITO PENAL COMO PROTETOR DE BENS JURÍDICOS E DISCURSOS OFICIAIS DO DIREITO PENAL

1 Advogado, mestrando em direito; orlingoranovadv@gmail.com
2 Mestre em direito, acadêmica de filosofia; priscilavargasm@gmail.com

O objetivo do poder punitivo, numa visão moderna acerca da funcionalidade social do Direito Penal, traz como ponto de partida a efetiva violação de determinado bem jurídico, imprescindível para alcance dos fins sociais, tornando-o dotado de relevância penal e justificando a intervenção sancionadora do Estado (ROXIN, 2006). Somente os bens jurídicos considerados os mais importantes pela sociedade merecem ser "protegidos" pela esfera penal, já que outras áreas do Direito não seriam capazes de assim fazê-lo (GRECO, 2010).

Assim, aquelas condutas que atinjam bens jurídicos de maior relevância deverão ser punidas com sanções que guardem equivalência com a gravidade do delito, sendo o mesmo raciocínio aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo, pelo que a hierarquização dos bens jurídicos é elementar para evitar penas desproporcionais (CIRINO DOS SANTOS, 2006).

Os tipos penais elencados na Lei 8.137/90 têm por escopo tutelar o bem jurídico "Ordem Tributária", em razão de que as receitas advindas do recolhimento fiscal são essenciais para consecução dos fins estatais, legitimando a sua existência, além de intervir na ordem econômica e garantir os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal (MACHADO, 1998).

Por sua vez, o delito de furto, busca a proteção do direito de propriedade (patrimônio) e raras vezes alcança quantias significativas, além de conter na sua tipologia o não emprego de violência e danos, por vezes, inferiores aos crimes tributários (PARIZATTO, 1995). Todavia, por questões de política criminal, a legislação acaba sendo mais rigorosa com tais condutas, em contrariedade ao tratamento isonômico pretendido pelo texto constitucional.

Diante deste contexto, é possível notar uma incongruência entre o discurso oficial (declarado) do poder punitivo e sua aplicabilidade, o que acaba por evidenciar uma seletividade e parcialidade na sua incidência, cuja explicação pode ser melhor elucidada a partir de uma visão interdisciplinar fornecida pela Criminologia.

UNILASALLE CANOAS-RS

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA AO DIREITO PENAL

A criminologia busca analisar as várias facetas que compõe o fenômeno delitivo, quais sejam, o crime, o criminoso, a reação da sociedade frente às práticas delitivas, e, inclusive, condutas desviantes não criminalizadas. Resta clara, portanto, a sua inversão de valores em relação ao saber jurídico pré-existente, visto que este busca estabelecer orientações de como a sociedade *deveria ser*, enquanto àquela (CARVALHO, 2008), mediante métodos empíricos, analisa o fato como ele *é* e, a partir desta premissa, formula teses que possam explicá-lo para reconstrução de um novo "*dever-ser*" (ANDRADE, 2014).

Mediante estes saberes empíricos, identifica-se a contradição entre os discursos que permeiam a (i)lógica atuação do poder punitivo, valendo-se da comparação de crimes cometidos por agentes de classes sociais antagônicas, visando questionar a real efetividade do Direito Penal, a sua atuação deficiente, defasada e casuística, a sua utilização como mero instrumento de coação e novas perspectivas acerca do poder punitivo, nos termos do que orienta as ciências penais contemporâneas (D'AVILA, 2008).

Nesse viés criminológico faz-se necessário colocar em pauta as perspectivas da Criminologia Crítica que tem por escopo desconstruir toda percepção biológica do delito para direcionar o seu foco aos procedimentos mediante os quais se realiza a criminalização das condutas, a forma pela qual ocorre a atuação das agências punitivas e, principalmente, a possível interdependência entre interesses político-econômicos e o controle social (agenda negativa) (CARVALHO, 2013). Importante contribuição desta teoria foi no sentido de destacar a importância das imagens e símbolos transmitidos pelos meios de comunicação para construção da realidade[3], visto que esta depende muito mais do que é elaborado pelos

3 A linguagem performativa, salientada por Butler, parte da premissa de que todos somos definidos pela linguagem. É através da linguagem que se define o indivíduo e ela pode causar dano, ressaltando que este dano pode decorrer

transmissores midiáticos do que de dados reais e efetivos (SANTOS, 2014). Da mesma forma, a Criminologia Crítica coloca em dúvida o atual modelo carcerário, as funções da pena no estado capitalista, a impossibilidade de ressocialização dos indivíduos, colocando em destaque a sua função deteriorante e estigmatizante, que afirma a "normalização" e moralização dos internados (CARVALHO, 2010).

Em síntese, a função real do Direito Penal contemporâneo, na visão da Criminologia Crítica, é gerenciar as ilegalidades com o intuito de manter a classe dominante no poder, sendo o discurso retributivo e isonômico da pena fantasioso e irreal, pautado na seletividade do sistema que privilegia as classes abastadas resguardando os interesses capitalistas e perpetuação do estado atual das coisas (FOUCAULT, 2012, p.53-56; ZAFFARONI, 2011; BATISTA, 2012; CASTRO, 2005; RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

Assim, cria-se uma imensidão entre o objetivo idealista do Direito Penal (funções reais[4]) - de reduzir a criminalidade aumentando penas e tipificando mais condutas - e seu objetivo precípuo (controle social – funções latentes[5]), facilmente maquiado pelos meios midiáticos que aterrorizam a sociedade através do que é propagado pelas agências de controle e incentivam, por consequência, ainda mais a sua difusão em prol da ideia de lei e ordem (AZEVEDO, 2008).

Neste contexto, verifica-se uma possível hipótese que explicaria a razão pela qual os agentes que atentam contra a ordem tributária por vezes, empresários das mais altas camadas sociais, não sofrem consequências compatíveis com os delitos praticados, gozando de determinados privilégios simplesmente incongruentes com a gravidade do dano causado, com instauração de políticas criminais que, não raras vezes, os beneficiam (PINTO, 2001).

Para que seja possível constatar a razão desta circunstância, a Criminologia Crítica propõe refletir acerca das funções reais do Direito Penal, que se apresenta como ferramenta para os detentores de poder, visando o gerenciamento e manutenção da desigualdade social, e criando uma "legislação" paralela e invisível, denominada "lei do valor" (BARATTA, 2004).

Há muito já se tem discutido a impossibilidade do poder punitivo afrontar as condutas delitivas decorrentes dos indivíduos dotados de maior capacidade sócio- econômica, visto que sua função essencial não é esta, o que, consequentemente acaba desacreditando a eficácia da ferramenta mais pesada do Estado na repressão do restante da criminalidade, banalizando a sua justificativa (CASTRO, 1983).

Não há mais uma noção geral acerca do que deveria ser o Direito Penal, sendo uma ferramenta de máxima valia para interesses políticos, imposição de condutas, padronização de comportamentos visando gerenciar as consequências nefastas do capitalismo, sendo o poder punitivo apenas uma decorrência dos interesses da classe hegemônica, condicionando o livre arbítrio a fatores econômicos (BATISTA, 2012).

Neste contexto, a Criminologia Crítica refere que o limite do Direito Penal, na atual conjuntura do poder planetário, deve ser os Direitos Humanos, seja de forma negativa, restringindo e limitando a atuação do poder punitivo, seja positivamente, ao analisar e valorar, à luz dos direitos humanos, quais seriam os bens jurídicos merecedores de tutela pelo Direito Penal (CARVALHO, 2014). Todavia, a efetivação dos Direitos Humanos encontra oposição no fenômeno da globalização, visto que tal situação

não só da palavra em si, mas também da forma como é ela verbalizada. A ideia de ferida do discurso repousa na relação indivisível entre o corpo e o discurso, mas também sobre o discurso e seus efeitos. Se o discurso, composto pela fala e o ato corporal, atingem o ofendido, é possível notar que não apenas o corpo do ofensor que está envolvido, mas também do primeiro (vítima), tendo em conta que o efeito do discurso é revelar o caráter vulnerável dele e fazê-lo parecer fora de seu controle. (BUTLER, 1997).

4 As funções reais do direito penal, também denominadas declaradas ou manifestas, consistem no discurso ressocializador do Direito Penal e da utilidade da pena como medida eficaz na prevenção da criminalidade (QUEIROZ, 2008).

5 Por sua vez, as funções latentes se traduzem na realidade cruel que permeia no poder punitivo, selecionando indivíduos, procedendo com privilégios, mantendo o controle social e perpetuando a ordem pautada no acúmulo desmedido de capital e poder (CIRINO DOS SANTOS, 2006).

tende a modificar o próprio conceito de Democracia exigindo uma adequação à nova ordem mundial, o que reflete não somente nas Políticas Criminais adotadas, como também no Direito como um todo (MORAIS, 2010).

Zygmunt Bauman (2009) refere que a condição pós-moderna, criou uma divisão social onde os detentores de poderio econômico acreditam que a pobreza seria uma escolha dos miseráveis, algo natural e sem qualquer contexto social, pelo que estaria justificado o aumento e concentração de capital e poder em detrimento dos menos favorecidos, restando como alternativa combatê-los, mediante remoção e aniquilação, sendo o Direito Penal a ferramenta utilizada para tanto.

Desta forma, necessário refletir sobre novas perspectivas no que se refere ao poder punitivo, visto que sua lógica já carece de fundamentação e sua subordinação ao poder econômico é flagrante, o que torna necessário questionar se tal lógica realmente existe, ou se não passa de mero instrumento com fim totalmente diverso para o qual se diz eficaz (CIRINO DOS SANTOS, 2013).

O objetivo idealista pautado em princípios constitucionais (igualdade, segurança e justiça) acaba sendo desrespeitado de forma reiterada e apenas as condutas cometidas pela parcela mais miserável da sociedade são efetivamente punidas (HULSMAN, 1997).

Assim, a descriminalização de uma séria de condutas se mostra uma alternativa quase que imperiosa, dentre elas as que atentam contra a ordem tributária, pois, havendo outra seara do Direito passível de ser efetiva na repressão de determinada conduta como, por exemplo, o Direito Administrativo sancionador, incoerente manter o poder punitivo frente a tal tarefa em razão de suas consequências significativamente danosas e ameaçadoras a dignidade do ser humano (CIRINO DOS SANTOS, 2013).

O Direito Penal deve ser última instância quando se tratar de privação de liberdade do indivíduo e havendo outros mecanismos de maior eficácia para o combate à sonegação de tributos, talvez seja mais adequado delegar tal tarefa, visto que as consequências negativas superam o seu objetivo manifesto e não aumentam a arrecadação tributária, sendo danosos para todo o corpo social (HUGO, 2007).

De outra banda, de nada adiantaria valer-se das correntes criminológicas se os argumentos até aqui desposados não viessem embasados em dados empíricos que ao menos indiquem uma possível coerência. Assim, analisaram-se julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, procurando comparar os bens jurídicos violados, as sanções aplicadas e os índices de encarceramento, comparando-os a luz da Criminologia Crítica.

4 DAS DECISÕES JUDICIAIS: DELITOS DE SONEGAÇÃO FISCAL *VERSUS* FURTO

No concernente aos crimes contra a ordem tributária a consulta foi realizada através do sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no link "pesquisa de jurisprudência" e para que fosse possível focalizar o objeto pretendido pela pesquisa, optou-se pela utilização do link "busca avançada". As seguintes características foram selecionadas: "Ementa", "Acórdãos", bem como data de julgamento entre 01 de fevereiro de 2014 a 01 de maio de 2014.

Ainda, as palavras-chave escolhidas foram as seguintes: "sonegação fiscal" e "crime".

Desta busca resultaram 340 acórdãos, muitos envolvendo outros delitos que não aqueles previstos na Lei 8.137/90, como por exemplo, o contrabando e descaminho, pelo que a sua análise e inclusão na pesquisa não encontraria guarida no objetivo pretendido. Por tal razão, buscou-se um estreitamento do resultado inicial obtido, escolhendo-se somente os acórdãos envolvendo os crimes contra a ordem tributária e contra o sistema previdenciário.

Em relação aos julgados que se referem aos crimes de furto, o levantamento das decisões foi realizada por meio do sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no link "pesquisa de jurisprudência" e para que fosse possível focalizar o objeto pretendido pela pesquisa, optou-se pela utilização do link "busca avançada". As seguintes características foram selecionadas: "Tribunal de Justiça do RS", "inteiro teor", "seção crime", "apelação crime", "acórdão", bem como data de julgamento de 01

de fevereiro de 2014 a 01 de maio de 2014. Ainda, as palavras-chave escolhidas foram as seguintes: “crime de furto” e “pena”.

De toda a busca, resultaram, primeiramente, 3130 acórdãos, muitos envolvendo outros delitos alheios ou conexos ao crime de furto, pelo que a sua análise não traria qualquer adição aos pontos conclusivos deste trabalho. Em um segundo momento, buscou-se um estreitamento do resultado inicial obtido, escolhendo-se o mesmo número de acórdãos localizados no Tribunal Federal.

A partir disso, passou-se à análise dos julgados verificando onde ocorre a maior probabilidade de encarceramento em razão do bem jurídico violado e da pena aplicada.

4.1 Bens jurídicos violados

A primeira constatação merecedora de reflexão advinda da análise de casos é referente à maior incidência do poder punitivo nas classes inferiores, ou seja, naqueles crimes em que os agentes fazem parte das camadas sociais subalternas. No exíguo período de três meses, os sonegadores fiscais foram processados somente em 340 casos, enquanto que os agentes do delito de furto chegaram aos Tribunais em mais de três mil processos, pelo que tal indício propõe o questionamento sobre qual autor o Direito Penal persegue e quem são os de sua preferência, visto que de modo algum se poderia afirmar que o cometimento do delito pressupõe uma condição de pobreza (BARATTA, 2004). Para facilitar a análise dos julgados apresentamos a seguinte tabela:

Tabela 1 – Comparativo entre os bens jurídicos violados

Decisões TRF4	Bem jurídico	Decisões	Bem jurídico
5003612-03.2010.404.7002	R$ 49.167,92	70058934738	R$ 6.000,00
0010523-93.2008.404.7000	**********	70059118042	Micro-ondas usado.
0004893-95.2009.404.7105	R$ 76.251.49	70047517826	R$ 2.050,00
5009532-60.2012.404.7204	R$ 458.937,68	70058679853	R$ 90,00
5000750-94.2013.404.7215	R$ 763.252,55	70058644410	R$ 94,50
0000587-45.2007.404.7205	R$ 14.112.864,63	70053232906	R$ 150,00
0002292-98.2009.404.7208	R$ 529.045,86	70058563008	Uma bolsa contendo documentos de identificação, um celular marca Nokia modelo 200 e R$ 49,00.
0000920-39.2008.404.7115	R$ 2.070.476,33	70054587613	R$ 150,00

UNILASALLE CANOAS-RS

0000316-65.2009.404.7108	R$ 419.910,54	70058573437	R$ 258,00
0001133-76.2007.404.7116	R$ 406.136,82	70058139346	R$ 100,00
0001841-10.2008.404.7208	R$ 258.123,54	70059023580	01 chuveiro elétrico marca Fortte, 02 torneiras de pia, 01 relógio de parede, 01 rolo de fio 6mm, 01 garrafa térmica, 01 rolo de corda, 02 garrafas de álcool, 01 rodo, 09 lâmpadas florescentes, 02 rolos de papel higiênico e uma bicicleta vermelha.
5039581-42.2011.404.7100	R$ 916.489,10	70058466350	R$ 428,00
5026513-25.2011.404.7100	*********	70057908303	R$ 950,00
5001202-35.2011.404.7002	*********	70058115973	R$ 200,00
5002026-33.2012.404.7204	R$ 448.868,78	70057076853	Um relógio, marca Michael Kors; um modem, marca Juawei; e um rádio automotivo (ainda não avaliados).
5001812-51.2012.404.7201	R$ 17.096,40	70058448119	R$ 403,00
5001137-41.2010.404.7207	R$ 150.001,44	70058682899	R$ 6.000,00
5001014-33.2011.404.7005	R$ 327.548,30	70053190922	R$ 140,00
5023624-44.2010.404.7000	R$ 1.181.993,15	70058540964	R$ 334,00
5007733-31.2011.404.7005	R$ 11.529,33	70057172900	R$ 750,00
5003999-26.2012.404.7009	R$ 37.702,73	70059258335	R$ 1.000,00
5010475-98.2012.404.7100	R$ 112.661,81	70058099573	R$ 6.500,00
5003846-05.2012.404.7005	R$ 3.660.789,26	70058522491	R$ 1.241,40

Diante dos princípios da proporcionalidade, entre a gravidade do delito e a sanção aplicada, e da intervenção mínima do Direito Penal, ao menos por uma questão de coerência discursiva, os delitos referentes à primeira coluna da tabela acima deveriam ser punidos com maior severidade, no sentido de aplicar-lhes a pena mais grave, por causarem danos mais expressivos e de maior monta, do que aqueles envolvendo quantias entre R$ 100,00 a R$ 300,00.

Em um primeiro momento, foi possível verificar a aplicação de sanção mais severa nos julgados constantes na primeira coluna, em razão de que a pena definitiva aplicada aos crimes contra a ordem tributária, em todos os casos, foi fixada acima de dois anos, enquanto que aos crimes de furto variaram entre 04 meses e 2 anos, com raras exceções. Entretanto, mesmo diante destas circunstâncias (crimes punidos com pena menos severa) o encarceramento no crime de furto foi substancialmente superior àquele relativo às condutas punidas com pena mais alta, porém, cometidas por agentes de classe social

LA SALLE UNILASALLE CANOAS-RS

mais avantajada. Em relação aos 23 delitos contra a ordem tributária, independentemente do valor envolvido, não houve nenhum encarceramento, havendo substituição por penas restritivas de direito ou absolvição pela aplicação do princípio da insignificância. Já nos crimes de furto, dos 23 casos analisados, 16 iniciaram o cumprimento da pena em regime aberto, semi-aberto ou fechado.

Diante desses dados, possível constatar um contorno ao sistema carcerário por parte dos sonegadores fiscais, que mesmo atingindo significativamente bens jurídicos de relevância social e supra-individual, não foram abarcados pela pena de prisão, o que confirma a tese da Criminologia Crítica de que a seleção das condutas criminalizadas e dos bens jurídicos protegidos é manipulada para que somente uma determinada parcela da sociedade sofra as consequências do aprisionamento, visto que o sonegador é peça chave na manutenção da hegemonia capitalista (CIRINO DOS SANTOS, 2014).

Ressalta-se que na maioria dos julgados que envolveram o delito de furto, a fundamentação para não imposição de penas alternativas foi com base na reincidência do agente, conforme se exemplifica mediante trecho da seguinte decisão judicial:

> Reanalisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, entendo que a *culpabilidade* é plena, uma vez que o réu é imputável e consciente da ilicitude de sua conduta, podendo optar por agir diverso. DEIVIS possui três condenações definitivas anteriores ao presente fato
> – e não quatro condenações, como constou na sentença –, duas[4] delas consideradas aqui como *maus antecedentes* e uma[5] na fase seguinte, para fins de agravante da reincidência. Inexistem nos autos dados para aferir acerca da *personalidade* e *conduta social.* O *motivo* foi comum à espécie. *Circunstâncias* sem relevo. *Consequências* negativas, pois o prejuízo da vítima se mostrou elevado (R$ 2.000,00), sopesada a sua condição pessoal de agricultor. O *comportamento do ofendido* não pode ser valorado em seu desfavor. Sopesando os vetores referidos e atento a necessidade de prevenção e repressão do delito, considero suficiente a fixação da pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão. Presente a agravante da reincidência, ratifico o aumento da pena em 06 meses, alcançando patamar definitivo, na ausência de outras causas modificadoras, de 03 anos de reclusão. O regime de cumprimento de pena permanece sendo o semiaberto, diante da reincidência do agente e, também, considerando a análise das circunstâncias judiciais, *ex vi* do art. 33, §3º do Código Penal.A pena de multa vai reduzida, modo proporcional à basilar ora estabelecida, restando estabelecida em 20 dias-multa, na razão unitária mínima legal (RIO GRANDE DO SUL, 2014at).

Na visão da Criminologia Crítica o modelo de pena restritiva, ainda que seja um avanço em questão de Política Criminal, não atende às finalidades do Direito Penal mínimo, visto que apenas cria mais um mecanismo alternativo e arbitrário de punição, somado aos restantes, ao invés de criar uma alternativa alheia ao poder punitivo e fora do Direito Penal (CARVALHO, 2010).

Outro julgado que também merece destaque se refere ao agente que incorre nas condutas descritas no artigo 155, §4º, inciso III, combinado com artigo 14, inciso II e com o art. 61, inciso I, todos do Código Penal ao subtrair um relógio, um modem e um rádio automotivo (RIO GRANDE DO SUL, 2013ao). Em tal decisão não houve reforma da pena aplicada na sentença e tampouco se aplicou as penas alternativas em razão da reincidência do agente, que recebeu pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, iniciando o cumprimento no regime semiaberto. Sustenta o julgado que:

> Em relação à dosimetria das penas, registro que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que não permite reparos. Na segunda fase, houve o proporcional agravamento de seis meses pela reincidência, ponto que sequer foi impugnado pela defesa. Pelo *iter criminis* percorrido, houve a minoração de 1/2, que vai mantida. Veja-se que o réu abriu o veículo da vítima com chave falsa e iniciou os atos tendentes à subtração. No entanto, a ação foi frustrada pela intervenção de terceiro, que deteve o acusado até a chegada da polícia. Como a interrupção do *iter* ocorreu

> depois da prática de relevantes atos de execução, tenho por ajustada a fração aplicada na sentença. Por consequência, confirmo a pena corporal em um ano e três meses de reclusão, em regime inicial semi aberto, obstada a substituição por restritivas ou a suspensão condicional. Por fim, redimensiono, de ofício, a pena pecuniária para dez dias-multa à razão unitária mínima, em simetria com a análise neutra dos vetores do art. 59 do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2014ao).

Já nos crimes de sonegação fiscal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que a sonegação da quantia de R$ 458.937,68 (quatrocentos e cinquenta e oito mil novecentos e trinta e sete reais e sessenta e oito centavos), por agente reincidente condenado a pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, poderia ser beneficiada com a substituição da pena privativa de liberdade, não merecendo encarceramento (RIO GRANDE DO SUL, 2014r).

Comparando os dois julgados, depreende-se que no segundo caso a pena aplicada foi significativamente superior a que foi aplicada ao crime de furto, o valor ou bem jurídico envolvido, ao menos pecuniariamente, era superior, e o réu também era reincidente, porém, mereceu a aplicação de uma pena restritiva não sendo aprisionado. O mesmo entendimento ocorreu em outra decisão judicial (RIO GRANDE DO SUL, 2014e), na qual o dano superava a quantia de R$ 3.000.000,00(três milhões de reais), porém o Tribunal Federal reformou a sentença que tinha aplicado pena privativa de liberdade, para substituí-la por restritiva de direitos. Há que se fazer breve consideração acerca da continuidade delitiva que se perpetuou por 3 vezes, ensejando à majoração da pena, mas não chegou a ser suficientemente reprovável para que o individuo fosse encarcerado.

Loïc Wacquant (2004) refere que somente os agentes delitivos integrantes da parcela mais miserável da sociedade são punidos, sofrendo penas mais severas do que nos casos em que o crime é símile, porém, o agente é pessoa de classe social favorável, sendo a prisão mais parecida com "campo de concentração para pobres ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção".

Quanto à questão da proteção de bens jurídicos, o julgado também procedente da Quinta Câmara Criminal, analisou a seguinte conduta delitiva não consumada por circunstâncias alheias a vontade do agente:

> No dia 23 de julho de 2010, por volta das 02h, na Rua Vicente Ferreira de Oliveira, super quadra 01, quadra 02, n° 06, Bairro Juscelino Kubitschek, em Santa Maria – RS, o denunciado, mediante escalada, tentou subtrair um par de tênis, avaliado em R$ 100,00 (cem reais) conforme auto de avaliação indireta, fl. 28 – IP, de propriedade da vítima EDOVANDO JOSÉ FLORES DA ROSA (RIO GRANDE DO SUL, 2014ai).

Quando da análise da aplicação do princípio da insignificância, visto que o objeto furtado era avaliado em R$ 100,00 (cem reais) é possível constatar que ocorre um distanciamento da efetiva danosidade da conduta, negando a aplicação do princípio com base nos antecedentes do agente, sendo possível vislumbrar um direito penal do autor[1], em detrimento do direito penal do fato[2], em evidente descompasso do que se pretende em um Estado de Direito:

---

1 "Em ambas propostas, o criminalizado é um ser inferior e, por isso, se vê apenado (inferioridade moral: estado de pecado; inferioridade mecânica: estado perigoso), porém não é a sua pessoa a única que não se reconhece: o discurso do direito penal do autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas." (ZAFFARONI, 2003).

2 Decorre do princípio da culpabilidade, referindo que o agente delitivo só deverá ser responsabilizado pelo fato, não sendo permitida qualquer valoração acerca de sua condição pessoal, de caráter ou modo de vida, em contrariedade ao que pretendia o Direito Penal do autor. (PRADO, 2010).

> Como se vê, há que se dizer que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado não é reduzido. Nesse sentido, é de se sublinhar que o acusado já possui decisão condenatória transitada em julgado também pelo cometimento do delito de furto (conforme certidão de fls. 87/93). Essa circunstância está a indicar– ao menos para este signatário – reiteração delitiva, significando que o réu Diego, muito embora já censurado pelo Poder Judiciário, insiste em transgredir a Lei Penal. Além disso, frise-se que possui também o acusado outra decisão condenatória – só que essa não transitada em julgado – pela prática do crime de roubo e responde ainda a outros processos todos por delitos da mesma natureza, o que reforça o argumento acima expendido. À vista disso, a reiteração no cometimento de crimes não é compatível com a aplicação do princípio da insignificância. Pensar o contrário significaria permitir que delinquentes passassem a agir livremente contra o ordenamento jurídico, o que não pode ser aceito.

O mesmo se depreende dos fundamentos do Acórdão 70058644410 (RIO GRANDE DO SUL, 2014ad), no qual a agente subtraiu cinco tubos de óleo de amêndoas de um mercado, totalizando o dano de R$ 94,50 (noventa e quatro reais e cinquenta centavos) sendo que o delito não chegou sequer a ser consumado, mas mesmo assim teve negada a aplicação do princípio da insignificância já que este princípio somente se justificaria quando tratar-se de casos de pequeno potencial ofensivo e pelo valor dos bens não se poderia chegar a esta conclusão, até porque o réu era reincidente. Já no crime de sonegação fiscal, o dano de R$ 3.271,39 (três mil duzentos e setenta e um com trinta e nove) (RIO GRANDE DO SUL, 2014b) e R$ 5.799,36 (RIO GRANDE DO SUL, 2014c) seriam valores considerados insignificantes excluindo a tipicidade das condutas e absolvendo os agentes que atentaram contra a Ordem Tributária. A análise dos requisitos do princípio da insignificância no primeiro caso mostra uma objetividade muito maior em comparação ao delito de furto, visto que para sua aplicação basta que o valor não ultrapasse a quantia determinada pela Procuradoria da Fazenda para que seja possível a absolvição do acusado (RIO GRANDE DO SUL, 2014b).

Nesta comparação, possível perceber o caráter simbólico do Direito Penal, visto que o poder punitivo apenas busca coagir o contribuinte ao pagamento do tributo e garantir o recebimento da receita, condicionando a instauração de ação penal ao interesse da Procuradoria da Fazenda Nacional. O mesmo se consta do parcelamento da dívida que extingue a punibilidade: claro instrumento de coação do Estado, valendo-se do Direito Penal para cobrança de tributos.

O cerne da questão, portanto, é refletir acerca de: quem detém a possibilidade de selecionar quais os bens jurídicos de maior reprovabilidade e danosidade social, bem como as políticas criminais adotadas para reprimir as condutas que visam atingi-los e por qual razão geralmente os delitos inerentes aos agentes mais abastados, possuem benefícios mascarados de punição, sem que haja resultados práticos efetivos.

5 CONCLUSÕES

O Direito Penal simbólico não encontra guarida no atual Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal, e apenas acentua a desigualdade e seletividade que predomina na sociedade, visto que, aqueles que não integram os padrões elitizados de uma determinada classe e que não servem para serem explorados como mão de obra barata pela primeira, necessitam ser depositados em determinado local para que não influenciem na reprodução do sistema, tendencioso a aumentar tal desigualdade em um círculo vicioso que precisa ser freado.

Todavia, o objeto desta pesquisa se direciona especificamente aos Crimes contra a Ordem Tributária, demonstrando os lados negativos (aos Estado de Direito) e positivos (aos sonegadores) de sua criminalização, bem como de mecanismos alheios ao Direito Penal que talvez alcancem maior efetividade com menos danos.

Por estas razões o Direito Penal não se presta para combater os que detêm o poder econômico, visto

que a seleção de bens jurídicos e atuação das agências de controle depende de diretrizes que por eles são impostas, visto que o atual contexto globalizado enfraquece o poder político interno e o condiciona a interesses internacionais, sendo esta a primeira razão para descriminalização das condutas que atentam contra a ordem tributária.

Já uma segunda perspectiva demonstra que o Direito Penal Tributário não pretende punir e sim coagir ao pagamento do tributo, o que gera uma sensação de proteção e aplicação desigual do poder punitivo, enfraquecendo qualquer sentimento democrático e, até humano, por revelar a intenção de punir a pobreza e perpetuar um tratamento diferenciado entre ricos e pobres.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Porque a Criminologia (e qual criminologia) é importante no esnino jurídico?. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2008/ARTIGO%20-%20VERA%20ANDRADE%20-%20ENSINO%20DA%20CRIMINOLOGIA.pdf.> Acesso em 21 mar. 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Punição e Democracia: Em busca de novas possibilidades de lidar com o delito e a exclusão social. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Org. Ruth Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica Del Derecho Penal, Introducción a La sociologia jurídico-penal. Buenos Aires. Editores Argentina. 1. ed. 2004.

BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Buenos Aires: B de F, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica a Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

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

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e Ambivalência. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico: Princípio da Insignificância (crime de bagatela). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491.> Acesso em: 19 maio 2014.

BUTLER, Judith P. Excitble speech: a politics of the performative. United States of America: Routledge, 1997.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.21, n.104, p.279-303, set./out., 2013.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Org. Ruth Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

CASTRO, Lola Anylar de. Criminologia da Reação Social. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

UNILASALLE CANOAS-RS

DAVILA, Fabio Roberto. O Direito e a Legislação Penal Brasileiros no Séc. XXI: Entre a Normatividade e a Política Criminal. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Org. Ruth Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 25. ed. Rio São Paulo: Graal, 2012. GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HUGO, Maicon Guedes. Política Criminal no Direito Penal Tributário: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o Direito Administrativo Sancionador. 2007. 173 fl. Dissertação. Mestrado (Direito Penal)- Professor Orientador Juarez Cirino dos Santos - Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas. O sistema penal em questão.

Tradução de Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1997.

KARAM, Maria Lucia. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAIS, José Luis Bolsan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. Direitos Humanos E Globalização Fundamentos E Possibilidades Desde A Teoria Crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. PARIZATTO, João Roberto. Dos Crimes contra o Patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1995.

PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (dês)ordem.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 10. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Trad. Marlene Holzhansen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. Artigo. Disponível em:<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf.>. Acesso em 17 maio 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. ICPC/Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade. Artigo escrito em homenagem aos Professores Doutores Nilo Batista e Vera Malaguti Batista. Disponível em:

<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf> Acesso em: 19 maio 2014.

WACQUANT, Loïc. Prisões da Miséria. Tradução de André Telles. Sabotagem, 2004. ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro I.

Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Crimnologia: Aproximacion desde um margen. Vol I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DECISÕES JUDICIAIS ANALISADAS

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0001133-76.2007.404.7116/RS. Apelante: Ricardo De Albuquerque Guedes Da Luz. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Victor Luiz Dos Santos Laus. Porto Alegre, 26 fev. 2014a. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5007733-31.2011.404.7005/PR. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Reginaldo Luiz Fernandes Conceição. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 18 fev. 2014b. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5003999-26.2012.404.7009/PR. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: João Elias Gonçalves. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 18 fev. 2014c. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000316-65.2009.404.7108/RS. Apelante: Marcelo Caetano da Silva e Antônio Carlos da Silva. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 11 mar. 2014d. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

CANOAS-RS

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000587-45.2007.404.7205/SC. Apelante: Celso Luiz Feltrin. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora Desa. Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, 18 mar. 2014e. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014e.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000920-39.2008.404.7115/RS. Apelante/Apelado: Gilberto Olindo Nichel. Apelante/Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des.Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 11 mar. 2014f. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0001841-10.2008.404.7208/SC. Apelante: Márcia Elisa Francesco Guimarães. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora Desa. Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, 25 fev. 2014g. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0002292-98.2009.404.7208/SC. Apelante: Pedro Virgilio Dell Agnolo. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 11 mar. 2014. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014h.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0004893-95.2009.404.7105/RS. Apelante: Pedro Gilmar Vidor. Apelante: Sergio Arthur Bazana. Apelante: João Antonio Motke. Apelante: Márcio André Tolfo. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 01 abr. 2014i. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0010523-93.2008.404.7000/PR. Apelante: Divaldo Rocha. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Leandro Paulsen. Porto Alegre, 09 abr. 2014j. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5000750-94.2013.404.7215/SC. Apelante: Gervasio Schweigert. Ministério Público Federal. Relator Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 25 mar. 2014k. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5001014-33.2011.404.7005/PR. Apelante: Jose Carlos Soares Da Silva Junior. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Márcio Antonio Rocha. Porto Alegre, 18 fev. 2014l. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5001137-41.2010.404.7207/SC. Apelante: Nivaldo Kuerten. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Victor Luiz Dos Santos Laus. Porto Alegre, 19 fev. 2014m. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5001812-51.2012.404.7201/SC. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Ailton Alves dos Santos. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 19 fev. 2014n. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5002026-33.2012.404.7204/SC. Apelante:Osóerio Aprigio de Faria. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Victor Luiz Dos Santos Laus. Porto Alegre, 19 fev. 2014o. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5003612-03.2010.404.7002/PR. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Paulo Cesar Camargo. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 30 abr. 2014p. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5003846-05.2012.404.7005/PR. Apelante: Anildo de Campos. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 04 fev. 2014q. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5009532-60.2012.404.7204/SC. Apelante: Sergio Rocha. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Márcio Antonio Rocha. Porto Alegre, 25 mar. 2014r. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5010475-98.2012.404.7100/RS. Apelante: Sergio Arruee Da Rosa. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora Des. Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, 04 fev. 2014s. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5023624-44.2010.404.7000/PR. Apelante/Apelado: Antonio Carlos Cruz. Apelante/Apelado: Antonio Julio Bontorin. Apelante/Apelado: Domingos Ademar Nodari. Apelante/Apelado: Jorge Santana De Oliveira. Apelante/Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Márcio Antonio Rocha. Porto Alegre, 11 fev. 2014t. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5026513-25.2011.404.7100/RS. Apelante: Andre Schneider Moro. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. José Paulo Baltazar Junior. Porto Alegre, 25 fev. 2014u. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5039581-42.2011.404.7100/RS. Apelante: Raul Bianchi da Luz. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. José Paulo Baltazar Junior. Porto Alegre, 25 fev. 2014v. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5001202-35.2011.404.7002/PR. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Ademar Wagner. Relator Des. José Paulo Baltazar Junior. Porto Alegre, 25 fev. 2014x. Disponível em:< http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 30 maio 2014.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058934738. Apelante: Osiel Ribeiro Marques. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014. Porto Alegre, 30 abr. 2014z. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70059118042. Apelante: Daniel de Oliveira Couto. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 30 abr. 2014aa. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70047517826. Apelante: Cristiano Pinto Rosa. Apelante: Emerson Tiago de Oliveira. Apelado: Ministério Público do Trabalho. Relator Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 30 abr. 2014ab. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058679853. Apelante: Michael Eduardo Karnopp. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ac. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058644410. Apelante: Roberta Martins dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ad. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70053232906. Apelante: Janir Migliavacca Junior. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 30 abr. 2014ae. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058563008. Apelante: Felix Oliveira Lima. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 30 abr. 2014af. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70054587613. Apelante: Alessandro

UNILASALLE CANOAS-RS

Azevedo de Castro. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Genacéia da Silva Alberton. Porto Alegre, 30 abr. 2014ag. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058573437. Apelante: Salvador Conceição de Miranda da Costa. Apelado: Ministério Público. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ah. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058139346. Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado. Apelante/Apelado: Edovando José Flores da Rosa. Apelante/ Apelado: Diego Oliveira Marque. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ai. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70059023580. Apelante: Gilberto Alves Ferreira. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 30 abr. 2014aj. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058466350. Apelante: Cleo Ogar da Silva Pereira. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre, 30 abr. 2014ak. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70057908303. Apelante:Ministério Público do Estado. Apelado: Luis Fernando Machado Adamas. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014al. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058115973. Apelante: Eduardo de Oliveira dos Santos. Apelante: Dioantan Paixão. Apelante: Jean Carlos Camargo dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 30 abr. 2014am. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70057076853. Apelante: Ronaldo dos Santos Moraes. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 30 abr. 2014an. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058448119. Apelante Fabrício Hartmann. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, 30 abr. 2014ao. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058682899. Apelante: Lucas Gonçalves da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ap. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70053190922. Apelante: Luciano Francheschetto. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Genacéia da Silva Alberton. Porto Alegre, 30 abr. 2014aq. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058540964. Apelante/ Apelado: Ministério Público do Estado. Apelante/ Apelado: Josiane Sides. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014ar. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30

UNILASALLE CANOAS-RS

maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70057172900. Apelante: Paulo Roberto D Escobar Santos. Apelante: Thiago da Silva Moreira. Apelante: Mateus Rodrigues Correa. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 30 abr. 2014as. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70059258335. Apelante: Deivis Rodrigues Batista. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 30 abr. 2014at. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058099573. Apelante: Carlos Vieira. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 30 abr. 2014au. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058522491. Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado. Apelante/Apelado: Junior de Paula Landes. Relator Des.: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 30 abr. 2014av. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 30 maio de 2014.

UNILASALLE
CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – DIREITOS HUMANOS: SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES

CANOAS, 2016.

O DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO RESGATE DO POTENCIAL EMANCIPATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS.

Paulo Víctor Silva Schroeder

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Populações de territórios colonizados são sistematicamente submetidas a processos de vulnerabilização, nos quais seus direitos mais básicos são violados das mais diversas formas. Esses sujeitos precisam incessantemente esforçar-se para que sejam reconhecidos como plenamente humanos. Nesse panorama, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem se instrumentalizando no sentido de possibilitar uma proteção adequada àqueles que possuem seus direitos violados apenas por possuírem determinadas características físicas, o que pode ser percebido através de um dos desdobramentos do direito à igualdade, o direito à não discriminação.

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Núcleo de Direitos Humanos/Unisinos e vinculado à linha de pesquisa "Sociedade, Novos Direitos, e Transnacionalização" do "Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos", mais especificamente ao projeto "Direito das Minorias e Grupos Vulneráveis: uma Análise do Discurso de Fundamentação nas Decisões do STF".

Por meio da pesquisa exploratória, a problematização é feita utilizando-se o procedimento técnico da pesquisa bibliográfica transdisciplinar, utilizando livros e artigos de natureza jusfilosófica, histórica e antropológica para identificar de que forma o direito à não-discriminação responde à demanda do direito internacional dos direitos humanos pela proteção dos direitos de sujeitos que foram sistematicamente excluídos do campo semântico de "humano racional", constituindo grupos em situação de vulnerabilidade em decorrência da atuação da colonialidade na formulação da ideia de sujeito racional moderno.

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

2 QUEM É O HUMANO NOS "DIREITOS HUMANOS": A RAZÃO COMO FATOR DE DEFINIÇÃO

O autor Boaventura Sousa Santos (1997) assevera que os pressupostos sobre os quais se constroem os direitos humanos são bastante conhecidos e provém da tradição ocidental, quais sejam: a existência de uma natureza humana com característica universal e que pode ser acessada através da racionalidade; a distinção entre aquilo que é natureza humana e aquilo que é natureza e passível de dominação; a concepção da dignidade como substrato básico presente em todo o ser humano, que deve ser respeitada e defendida tanto na esfera particular quanto pública; e, também, a necessidade da formação de uma sociedade através de indivíduos organizados de forma não hierárquica.

Na história da filosofia moderna, a tendência da utilização desses requisitos racionalistas para a definição de o que é "ser humano" inicia-se com Descartes, através da divisão do universo em duas categorias independentes entre si: a substância espiritual e a espacial (HORKHEIMER, 1990). Dessa forma, o racionalismo pressupõe uma relação necessária entre o conceito e a realidade, que existe independentemente da prática humana. Através dessa concepção, é possível elaborar uma visão de mundo fixa, tendo em vista que o conhecimento não depende de "forças que se situam fora do consciente ou diferem fundamentalmente dele" (HORKHEIMER, 1990, p. 95). No cartesianimo, a razão, "como única responsável pela construção de verdades objetivas e científicas" aparece como um pressuposto para o conhecimento (BRAGATO, 2009, p. 70). Conforme Max Horkheimer:

> Na opinião dos cartesianos, em cada indivíduo também as verdades sobre os processos da realidade são programadas *a priori*; a partir dos pareceres mais altos,

> que são dados inteligentemente a cada ser racional, é possível em princípio que se desenvolvam, por dedução, também os conhecimentos individuais (1990, p. 96).

Em outra frente, o paradigma contratualista antropocêntrico inaugurou a concepção do sujeito como fonte principal do direito, em um intuito de separar o indivíduo da ordem social – constituída através de um acordo racional (BRAGATO, 2009). Thomas Hobbes é o precursor dessa concepção de direito natural moderno com cunho racionalista, tendo em vista a formulação do conceito de estado de natureza no qual o filósofo reduz a realidade a elementos simples, com a representação de um homem isolado e, a partir disso, reconstrói a formulação de organização social entre os humanos (VILLY, 2007).

Ao contrário de Aristóteles que percebe um homem em conjuntura com a natureza e encerrado em grupos sociais, Hobbes observará sujeitos isolados – indivíduos, cujas semelhanças resumem-se ao fato de compartilharem uma "natureza comum", em suas palavras: "a natureza fez os homens tão iguais, quanto à faculdades do corpo e do espírito" (HOBBES, 1983, p. 74). Essa concepção fictícia acerca de uma condição natural do ser humano, conforme Michel Villey (2007), ainda permanece no subconsciente das sociedades contemporâneas, manifestando-se na própria Declaração dos Direitos Humanos, que em seu artigo 1º dispõe que: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

A formulação do estado de natureza como pressuposto da existência humana resulta no princípio de que todo indivíduo possui liberdade irrestrita, podendo utilizar como ele mesmo quer seu próprio poder com vistas à preservação de sua própria natureza. Nessa concepção, a liberdade dos sujeitos é, em essência, infinita, resultando em conflito constante entre os indivíduos que, ao exercerem a sua autonomia, acabam frustrando o exercício do livre arbítrio dos demais. O estado de natureza revela-se, dessa forma, como um estado de guerra perpétuo, onde medo, insegurança e miséria surgem como o resultado direto do direito do homem à liberdade (VILLEY, 2007). Luiz Eduardo Soares pontua que:

UNILASALLE
CANOAS-RS

> O homem, no estado de natureza, agirá em função da expectativa de agressão preventiva alheia, a qual supostamente responderia, por antecipação, ao movimento reativo do primeiro à hipótese plausível, mesmo que não provável, da iniciativa defensiva e antecipatória do outro, que, por sua vez, se adiantaria defensivamente ante a iminência do ataque preventivo (...). Essa cadeia labiríntica e barroca de suposições funestas termina confirmando sua propriedade ao precipitar a ação hostil (1995, p. 215).

Dessa concepção, emerge o direito natural no intuito de formular uma norma capaz de permitir a manutenção da paz por meio da racionalidade humana. A razão aparece, nesse cenário, como o meio pelo qual a humanidade é capaz de abdicar da liberdade ilimitada, impedindo os males resultantes de seu exercício (Hobbes, 1998). Para Hobbes, a paz – requisito para o estabelecimento da ordem social – está condicionada à comunicação humana, que depende da possibilidade de se atingir um consenso entre os comunicantes. Assim, a viabilidade de se alcançar um entendimento entre os participantes de um diálogo encontra-se na estabilização do campo semântico, que se realiza através do discurso científico, expressão superior da racionalidade (SOARES, 1995). Conforme Luiz Eduardo Soares:

> Por isso, a comunidade implicada pela idéia de interlocução racional como reversibilidade das posições - sujeito, comunidade caracterizada pela atualização de qualidades como autonomia e suspeita ou criticidade – mas também receptividade dialógica à argumentação e à crítica, sem o que não se põem as bases mínimas do consenso e, por consequência, da verdade -, constitui-se no modelo ideal de

> sociedade, sem cuja suposição não seria possível compreender a própria tese fundamental do leviatã, o contrato. Tese fundamental para nossa tradição intelectual e política, ainda hoje viva e fértil (1995, p. 278).

John Locke, partindo do mesmo marco teórico - a existência de um Estado de Natureza – identifica direitos individuas que precedem a existência do pacto social, os quais encontram guarida no próprio conceito de racionalidade (LOCKE, 2005). Segundo o filósofo, o estado de natureza é regido por uma lei natural, a razão, da qual decorre a necessidade dos homens não atentarem contra a vida, saúde, liberdade e propriedade dos outros. A propriedade, uma decorrência lógica do pensar racional, simboliza o espaço pertencente ao individuo do qual os outros membros da sociedade estão excluídos. Dos próprios desdobramentos da racionalidade surge, o ponto de ruptura de Locke em relação a Hobbes: a limitação do poder do Estado em relação aos indivíduos. Nas palavras do filósofo:

> [...] embora seja esse um estado de liberdade, não é um estado de licenciosidade; embora o homem nesse estado tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação deste o exija. O estado de natureza tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses (LOCKE, 2005, p. 284).

Surge, assim, a teorização moderna de Estado como um resultado do acordo racional entre os particulares (VILLEY, 2007), uma personificação na qual afloram as condições para os indivíduos reivindicarem os seus direitos subjetivos que se tornam dependentes do reconhecimento estatal. O exercício da razão, dessa forma, coloca limitações no direito natural do homem, que exercido sem um intermediador (o estado) levaria a um suposto estado de guerra perene (VILLEY, 2007). De plano, revela-se, a paradoxalidade dessa concepção: um estado que existe para os indivíduos, mas cuja essência encontra-se na privação dos direitos destes próprios indivíduos (BRAGATO, 2009).

2.1 Razão e Desumanização

Conforme Richard Rorty (1993), a utilização da racionalidade como uma característica compartilhada por todos os seres humanos remete a um caráter de irmandade entre os homens, que supostamente dividem um nome em comum apesar de todo o distanciamento entre suas diferentes culturas. Ocorre que os pressupostos sobre os quais a racionalidade humana fora construída jamais foram respaldados por argumentos neutros.

Por exemplo: fora dos países ocidentais, a maior parte das pessoas seria incapaz de compreender por que motivo a pertença à humanidade deve ser baseada no pertencimento a uma comunidade moral. Isso faz com que um grupo muito específico controle um conceito universalmente aceito para caracterizar todos os seres humanos. Nesse aspecto, parece natural que quando os direitos humanos foram pela primeira vez oficialmente reconhecidos - tanto nas Declarações Americanas, quanto na Declaração Francesa - o protótipo da natureza humana, não tenha sido exclusivamente masculino, mas também branco e ocidental, tendo em vista que era exclusivamente estes seres humanos que cabiam no conceito de ser "humano racional". Conforme Fernanda Bragato:

> Os outros – mulheres, estrangeiros, colonizados, negros – estavam excluídos da humanidade, em função de seu padrão de racionalidade inferior em relação aos portadores dos atributos capazes de incluir um ser na categoria de humanidade. O problema da nascente concepção de direito individual é não ter levado em conta que

> a pessoa "real" é diferente e mais complexa que o sujeito ficcional ou legal que a tradicional teoria dos direitos humanos tem considerado (2009, 95).

Richard Rorty (1993) identifica que a moralidade, fundada no pensar racional, desdobra-se em "medidas" de racionalidade como um fator de distinção, através da diferenciação entre animal e humano; da separação entre adultos e crianças; e da diferenciação de gênero. Dessa forma, sob a ótica ocidental, negros, crianças e mulheres passam por um processo de desumanização, motivo pelo qual devem receber uma educação apropriada para que possam (talvez) atingir o mesmo estágio de racionalidade que as pessoas naturalmente educadas. Em suas palavras:

> Tudo gira em torno de quem pode ser classificado como pertencente à categoria de ser humanos semelhante, como um agente racional no único sentido pertinente – o de que a atividade racional é sinônima de pertença a nossa comunidade moral. Faz muito pouco tempo que a maioria dos brancos excluía a maioria dos negros dessa categoria. Para a maioria dos Cristãos, até meados do século XVII, os pagãos não se encontravam nessa categoria. Para os nazistas, os judeus estavam foram dessa categoria. Para a maioria dos varões em países onde a renda media anual está abaixo de quatro mil dólares, as mulheres não pertencem categoria. Todas as vezes que rivalidades tribais ou nacionais atingem certa relevância, os membros das tribos ou nações rivais não contarão como membros dessa categoria (RORTY, 1993, p. 124). (Tradução nossa)[1].

Através do conflito da Bósnia, o autor exemplifica um massacre sob o pretexto da desumanização: sob o olhar dos sérvios, os muçulmanos não eram vistos como humanos, motivo pelo qual foram considerados passíveis à prática das mais diversas atrocidades (RORTY, 1993). Assim, os sérvios não se percebiam como violadores de qualquer direito humano; justamente pelo contrário: a desumanização de seus adversários foi a razão que legitimou o genocídio de bósnios muçulmanos (RORTY, 1993). Práticas que violam os direitos de determinadas pessoas e grupos, nesse aspecto, são efetuadas sob a justificativa de preservar a "razão" em prejuízo de uma pseudo-humanidade, mais voltada para a sensibilidade do que para a reflexão, em um sentido de que a humanidade evolua para longe de seu lado animal (RORTY, 1993). Homem e humanidade mostram-se, nesses casos, como um conceito utilizado meramente para designar "aqueles que são como eu" (RORTY, 1993, p. 113). Conforme o autor:

> Nós percebemos os Sérvios e os Nazistas como animais, pois vorazes predadores são animais. Nós percebemos os Muçulmanos e os Judeus, arrebanhados em campos de concentração, como animais, pois um rebanho é constituído de animais. Nenhum tipo de animal é como nós, e parece não haver nenhum motivo para que seres humanos se envolvam em brigas entre animais (RORTY, 1993). (Tradução nossa)[2].

---

1 No original: "For everything turns on who counts as a fellow human being, as a rational agent in the only relevant sense – the sense in which rational agency is synonymous with membership in our moral community. For most white people, until very recently, most Black people did not so count. For most Christians, up until the seventeenth century or so, most heathen did not so count. For the Nazis, Jews did not so count. For most males in countries in which the average annual income is under four thousand dollars, most females still do not count. Whenever tribal and national rivalries become important, members of rival tribes and nations will not so count".

2 No original: "We think of the Serbs and the Nazis as animals, because ravenous beasts of prey are animals. We think of the Muslims or the Jews being herded into concentration camps as animals, because cattle are animals. Neither sort of animal is very much like us, and there seems no point in human beings getting involved in quarrels between animals".

Os reflexos da razão como fator de desumanização permanecem latentes nas sociedades contemporâneas. O tratamento dispensado aos indígenas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, expõe a utilização da racionalidade como fator de segregação entre seres humanos (BRAGATO, 2014). Até a adoção do Código Civil de 2002, o zelo despendido aos indígenas seguia uma tendência mundial de subjugação, tendo em vista que a legislação civil os concebia como relativamente incapazes (BRAGATO, 2014). Nada mais ilustrativo da relação entre a razão e a humanidade plena do que a classificação de indígenas como pertencentes a um estágio transitório na trajetória da humanidade em direção a civilização, para que tornem-se aptos a desfrutar da "capacidade absoluta". Conforme Fernanda Bragato (2014, p. 92): "a proteção ao indígena e seu reconhecimento só encontravam respaldo na necessidade de se impor um processo em direção ao não índio".

3 A SUBVERSÃO DA RAZÃO E DO DIREITO NATURAL POR HISTÓRIAS SILENCIADAS

A narrativa histórica que retrata o sistema-mundo contemporâneo remete à trajetória de expansão dos países que hoje dominam a organização capitalista global, em especial dos Estados Unidos, Inglaterra, França e Alemanha (WALLERSTEIN, 2007, p. 15). Os países vencedores na organização mundial atual ("cases" de sucesso no modo de organização de sociedade estabelecido pelo ocidente) moldaram a história e a contaram sob a sua própria ótica apesar de, na maioria das regiões do mundo, esta perspectiva ter deixado um lastro de conquista militar, exploração e injustiça (WALLERSTEIN, 2007).

A formulação lógica utilizada para justificar o subdesenvolvimento da América Latina e da África em prol de um bem maior – o desenvolvimento mundial - segue uma linha bastante definida através da teologia e sua progressão para a filosofia secular (WALLERSTEIN, 2007), cuja formulação e desenvolvimento se confundem com a própria história da razão (um conceito que acabou excluindo do seu campo semântico a maior parte da humanidade). Durante a história, entretanto, uma luta comum à grupos de pessoas subalternizados fora incorporada nas vozes de importantes autores silenciados pelo modo de produção de conhecimento ocidental: o reconhecimento de sua humanidade. Importantes aportes podem ser realizados a partir da luta para o reconhecimento de direitos de índios, mulheres e negros.

3.1 Bartolomé de Las Casas e a Questão Indígena

Las casas foi um sarcedote espanhol cuja produção bibliográfica incorpora o "encontro do velho com o novo mundo", em um momento onde começava, no Ocidente, a transição entre uma percepção bíblica de universo e a percepção antropocêntrica (MARTÍNEZ, 2011). Las casas veio para o continente Americano em 1502 (Isla La Española – atualmente Santo Domindo) para participar do sistema de *encomienda*. Em 1511, entretanto, ocorreu um fato que gerou o rompimento radical em suas práticas: o contato com o discurso de Padre Montesinos, um dominicano, que questionou a autoridade dos espanhóis em ocupar a América e subjulgar os índios (BRAGATO, 2009, p. 164). Percebendo as atrocidades praticadas contra os povos indígenas, Las Casas renunciou à sua participação no sistema de *encomiendas* e passou a dedicar a sua carreia à denúncia das práticas injustas dispensadas aos índios (WALLERSTEIN, 2007).

Com o intuito de discutir a guerra justa contra os povos originários do continente americano, bem como a sua catequização, o rei Carlos V convocou uma comissão jurídica especial do Conselho da Índias, criando-se, assim, as Juntas de Valladoilid (BRAGATO, 2009). Pouco se sabe acerca do decurso das juntas vallisoletenas, tendo em vista que as atas não foram conservadas. Por isso, conforme Venancio Carro (1944), o debate ficara conhecido através das correspondências entre os protagonistas da discurssão, Juan-Ginés Sepúlveda (historiador oficial do Rei) e Bartolomé de Las

Casas. Apesar de nenhum dos dois ter sido admitido nas deliberações das Juntas, ambos informaram sobre seus pontos de vista, cada um rebatendo o argumento contrário. As suas divergências podem ser exemplificadas através do embate entre a aplicação das Leis Novas, que acolhiam diversas das propostas de Las Casas, como o fim da concessão de novas "encomiendas" (WALLERSTEIN, 2007). Sobre a questão de fundo, inexiste um parecer definitivo emitido pela comissão, mas os documentos preparatórios para os debates preservam o legado do dominicano, cuja importância Rosillo Martinez destaca:

> A importância do dominicano denfesor dos índios para a tradição hipanoamericana de Direitos Humanos se baseia nos 50 anos dedicados à gestação de uma nova política transatlântica, como um sujeito que atuava na teoria e na prática promovendo um humanismo baseado na liberdade, na igualdade e no direito à auto-determinação. Sua memória tem sido resgatada em diversas etapas da vida política latinoamericana, como, por exemplo, no início do século XVIII, quando Frei Servando Teresa de Mier observou que Las Casas é 'o primeiro e o mais antigo defensor da liberdade na América', utilizando o discurso anti-colonialista de Las Casas no contexto histórico e filosófico que justificava os movimentos de independência (2011, p. 43). (Tradução nossa)[3].

A questão principal da discussão envolvendo a submissão dos índios às práticas de dominação colonial gira em torno de quem tem o direito de intervenção e quais são os seus limites e possibilidades (WALLERSTEIN, 2007). Sepúlveda em defesa das agressões praticadas sob o comando do governo espanhol, argumentou através de quatro ideias principais, quais sejam: os índios são bárbaros e por isso possuem vícios cruéis, motivo pelo qual devem ser governados por outros; os indíos devem submeter-se ao domínio espanhol como castigo por seus crimes contra o direito divino (sacrifício humano, por exemplo); os espanhóis são obrigados a impedir os danos causados pelos índios a uma seria de inocentes sacrificados;o domínio espanhol facilita e possibilita a evangelização cristã (WALLERSTEIN, 2007).

Las Casas, a partir do ponto de vista do indígena dominado e explorado, argumenta quanto a ineficácia da utilização de métodos cruéis para a própria catequização dos indígenas. Nas palavras do dominicano:

> Sepúlveda, ao ensinar em seus discursos ou livros publicados que as expedições contra os índios são lícitas, que outra coisa faz senão encorajar os tiranos e dar respaldo a tantos crimes e males mais graves e lamentáveis do que qualquer um poderia acreditar? Assim, com toda a certeza, consegue a perda de inúmeras almas, ao fazer com que um número incontável de pessoas sofram uma morte cruel, perdendo-as para sempre à custa da força espanhola, antes mesmo de que tenham tido a oportunidade de ouvir a palavra de Deus, de alimentarem-se com a doce doutrina de Cristo e de haver se fortalecido com os sacramentos cristãos. O que se pode imaginar mais atroz e injusto que isso? (LAS CASAS, 2000, p. 12). (Tradução nossa)[4].

---

3 No original: "La importancia del dominico defensor de los indios para la THDH se basa en que "[p]asó más de cincuenta años gestionando una nueva política trasatlántica como sujeto de acción y palabra que promovía un humanismo basado en la libertad, la igualdad y el derecho a la autodeterminación".86 De hecho, su memoria ha sido rescatada en diversas etapas de la vida política de Latinoamérica, como por ejemplo, a inicios del siglo XVIII, Fray Servando Teresa de Mier, en su introducción a la Brevísima…, señalaba que Las Casas es el "primero y más antiguo defensor de la libertad de América". Entonces pensadores independentistas de América Latina usaban el discurso anticolonialista de Las Casas, ya que ofrecía el contexto histórico y filosófico que justificaba los movimientos de independencia."

4 No original: "Sepúlveda, al enseñar de viva voz o en libros publicados que las expediciones contra los indios son lícitas, qué otra cosa hace sino animar a los tiranos y dar asidero a tantos crímenes y males lamentables cuantos éstos cometen por encima de lo que cualquiera puede creer? Entretanto, consigue la perdida de su alma

Dessa forma, Las Casas refuta aos argumentos apresentando o conceito de jurisdição, baseando a possibilidade de punição de pessoas hereges no conhecimento prévio sobre a violação praticada, pois a igreja não poderia exercer jurisdição sobre aqueles que sequer ouviram falar de sua doutrina (MARTÍNEZ, 2011). De maneira mais severa, Las Casa também questiona as práticas espanholas com base na necessidade de se liberar pessoas inocentes, através da noção de dano mínimo, segundo a qual, ainda que se reconheça a necessidade de a igreja intervir para evitar a injusta morte de pessoas inocentes, é necessário que se atue com moderação, para que não se crie um impeditivo maior para o próprio objetivo da evangelização – a salvação das pessoas. Conforme Rosillo Martinez:

> Na disputa entre Las Casas e Sepúlveda, verificamos que aquele partia do princípio da solidariedade com os índios, ainda que este se preocupasse com a expansão da matriz reguladora colonial da modernidade nascente. O colonialismo é a concepção que percebe ao outro como um objeto (e não como sujeito) o que constitui como uma premissa para o conhecimento. Em contrapartida, se o conhecimento é concebido desde o princípio da solidariedade, então se reconhece ao outro como sujeito, ou seja: eleva-se o outro do *status* de mero objeto para o *status* de sujeito. Isto foi o que fez Las Casas ao colocar-se na perspectiva da vítima (2011, p. 51). (Tradução nossa)[5].

O cerne do argumento de Bartolomé de Las Casas, dessa forma, encontra-se em partir do pressuposto de que todos os seres humanos possuem direitos naturais e liberdades, inclusive os povos indígenas, que devem possuir capacidades como sujeitos; e não como coisas controláveis e moldáveis - argumentos extremamente inovadores para a epoca - do que Alejandro Rosillo Martínez (2011) observa que Las Casas fora um crítico da modernidade que estava surgindo. Desse modo, incorporando a perspectiva da vítima, o dominicano utiliza categorias de pensamento dos povos indígenas se valendo da filosofia européia (MARTÍNEZ, 2011), buscando encontrar, no próprio bojo dos direitos naturais e da fé cristã o espaço necessário para o reconhecimento dos direitos destes povos.

3.2 Mary Wollstonecraft e a Reinvidicação dos Direitos da Mulher

Mary Wollstonecraft, figura central na luta por reformas radicais no plano social e político na sociedade inglesa, foi uma das maiores expoentes na reivindicação pelos direitos das mulheres e fundadora feminismo filosófico (HAYDEN, 2001). No seu texto intitulado *A Vindication of Rights of Woman*, de 1792, a autora apresenta as seguintes questões: Em que consiste a preponderância do homem sobre o animal? Que dotes exaltam a um ser sobre o outro? Quais os propósitos das paixões?

---

con toda seguridad, al hacer que un número incontable de personas sufran una muerte cruel, se pierden para siempre, expirarando a causa de la enorme fierza de los españoles antes de haber podido oír la palabra de Dios, de haberse apacentado com la dulcísima doctrina de Cristo y de haberse fortalecido con los sacramentos cristianos. Qué puede imaginarse más atroz e injusto que esto?"

5 No original: "En la disputa entre Las Casas y Sepúlveda, podemos encontrar que aquel partía del principio de solidaridad con los indios, mientras que a éste le preocupaba expandir la matriz reguladora y colonial de la Modernidad temprana. El colonialismo es la concepción que ve al otro como objeto, no como sujeto, y se constituye en una premisa del conocimiento. En cambio, si se realiza un conocimiento desde el principio de solidaridad, entonces se ha de reconocer al otro como sujeto, es decir, se debe entrar en un proceso de elevar al otro del estatus de mero objeto al estatus de sujeto. Esto fue lo que hizo Las Casas al colocarse en la perspectiva de la víctima"

A autora, através da abstração natural do aparato filosófico moderno, encontra respostas que lhe parecem tão inequivocadas quanto os dogmas sob os quais a razão fora teorizada. Em suas palavras:

> A perfeição de nossa natureza e a capacidade de felicidade devem estimar-se pela graduação de razão, virtude e conhecimento, que distinguem o indivíduo e dirigem as leis que obrigam à sociedade. Assim, resulta inegável que, do exercício da razão emana naturalmente o conhecimento e a virtude, considerando-se o gênero humano em seu conjunto. (WOLSTONECRAFT, 2000, p. 115). (Tradução nossa)[6].

Dessa forma, o estágio de evolução do ser humano entre o estado de natureza e o progresso pode ser medido através do mero exercício da razão, que se desdobra na virtude e no conhecimento – atributos responsáveis pela naturalização dos direitos e deveres do homem. Entretanto, uma serie de grupos estão menos abrangidos ou totalmente excluídos da proteção proporcionada pelo aparato jurídico moderno, pois os interesses e preconceitos de determinados sujeitos, mascarados sob a forma de princípios básicos, dialogam continuamente com a construção da racionalidade moderna até que, conforme a autora, a verdade se perde em um emaranhado de palavras (WOLLTONECRAFT, 2000).

Assim, Mary Wollstonecraft percebe (na sociedade inglesa do século XVIII) uma espécie de senso comum acerca da evidencia de que o corpo social estava formado e fora constituído do modo mais sábio possível a partir da abstração da ideia de um estado de natureza, supostamente estático e inquestionável (WOLLSTONECRAFT, 2000). Consequentemente, a razão moderna, plano de fundo para a expressão das paixões dos seres humanos, faz com que a ideia de aquisição de uma serie de conquistas emancipatórias não passem de escravidão disfarçada. Em suas palavras:

> Muitas são as causas que, no atual estado de corrupção da sociedade, contribuem para escravizar as mulheres dificultando a sua compreensão e aguçando os seus sentidos. Talvez a forma que silenciosamente faça mais mal que todas as outras seja o desrespeito sofrido pela ordem (WOLLSTONECRAFT, 2000, p. 115). (Tradução nossa)[7].

UNILASALLE CANOAS-RS

Conforme a autora, nada é mais hábil para ilustrar os efeitos da construção abstrata do estado de natureza na realidade do que os múltiplos crimes cometidos pelos homens contra a humanidade em prol de uma dignidade suprema, utilizados como um pretexto para a obtenção de distinção e eminência. Portanto, a razão estratifica-se por trás de diversos pressupostos da filosofia moderna que impedem a enunciação de conhecimento por grupos excluídos, do que autora se pergunta:

> Por que a fonte indulgente da vida nos daria as paixões e o poder de reflexão apenas para amargar o nossos dias e inspirar dignidades equivocadas? Por que devemos nos conduzir desde o amor próprio às sublimes emoções que inspiram o conhecimento e sua sabedoria e bondade se estes sentimentos não forem postos em prática para melhorar a nossa natureza [...] e fazerem-nos capazes de desfrutar uma quantidade maior de felicidade? (WOLLSTONECRAFT, 2000, p. 119-120). (Tradução nossa)[8].

---

6 No original: En consecuencia, la perfección de nuestra naturaleza y la capacidad de felicidad deben estimarse por el grado de razón, virtud y conocimiento que distinguen al individuo y dirigen las leyes que obligan a la sociedad. Y resulta igualmente innegable que del ejercicio de la razón mana naturalmente el conocimiento y la virtud, si se considera al género humano en su conjunto

7 No original: Muchas son las causas que, en el actual estad corrupto de la sociedad, contribuyen a esclavizar las mujeres, estorbando el entendimento y agudizando sus sentidos. Quizá una que de forma sileciosa hace mayor mal que todas las restantes es su indiferencia hacia el orden.

8 No original: "¿por qué la fuente indulgente de la vida iba a darnos las pasiones y el poder de reflexionar sólo para amargar nuestros días e inspirarnos nociones erróneas de dignidad? ¿Por qué debe conducirnos del amor a nosotros mismos a las sublimes emociones que excita el descubrimiento de su sabiduría y bondad, si estos

Por meio de um diálogo crítico com o iluminismo, Wollstonecraft, identificou que o discurso moderno excluiu as mulheres da sua proposta de liberdade, igualdade e fraternidade. Conforme Marta Lois (2000, p. 14), os momentos históricos denominados de "progresso", em verdade têm significado, em grande parte, "uma assimetria entre as conquistas e o *status* entre os sexos" (tradução nossa)[9]. Assim, remete-se a existência de uma suposta "natureza humana" que persistentemente mantém as mulheres sob o controle e a regulação masculina, de modo que Wollstonecraft apropria-se dos *slongas* utilizados pelos iluministas com o intuito de reelaborá-los sob o ponto de vista da diferença entre os sexos, assumindo um papel ativo (ao contrário dos varões liberais) no sentido de reivindicar, para ambos os sexos, a realização dos princípios revolucionários iluministas, ou seja "a construção de um novo mundo que possa beneficiar igualmente as mulheres" (2000, p. 15) (tradução nossa)[10].

3.3 Frantz Fanon: a Razão e o Negro

Frantz Fanon foi um revolucionário (nascido na Martinica - colônia francesa) que lutou junto às forças de resistência na África e na Europa durante a Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, completou seus estudos em psiquiatria e filosofia na França, tornando-se membro da Frente de Libertação Nacional da Argélia, motivo pelo qual entrara na lista dos cidadãos procurados pela polícia em território Francês. Dedicou sua vida à importância da luta para transformar as vidas dos condenados pelas instituições coloniais racistas da modernidade (GORDON, 2008).

Conforme Fanon (2008), racismo e colonialismo são produções sociais de formas de ver o mundo e de viver nele, o que significa, conforme Lewis Gordon (2008, p. 15), que "os negros são construídos como negros". Assim, a linguagem é o campo onde o racismo se constitui, pois é nela que os significados do mundo se constroem e são percebidos (GORDON, 2008). Dominar a linguagem seria, dessa forma, assumir a identidade de determinada cultura; entretanto povos racializados, mesmo quando instrumentalizados através do domínio do idioma, resultam ilegitimados à enunciação de conhecimento, do que Fanon concui que a opressão racial não está presa ao campo das relações sociais, perpetuando-se através da história da razão e do conhecimento ou seja: quando o negro aproxima-se da razão, a razão escapa para longe do negro (GORDON, 2008). Conforme Frantz Fanon:

> A vitória brincava de gato e rato; ela zombava de mim. Como diz o outro, quando estou lá, ela não está, quando ela está, não estou mais. No plano das idéias, estávamos de acordo: o negro é um ser humano. Isto é, acrescentavam os menos convencidos, ele tem como nós o coração à esquerda. Mas o branco, em determinadas questões, continuava irredutível. Por nenhum preço ele queria intimidade entre as raças, pois é sabido que "os cruzamentos de raças diferentes rebaixam o nível psíquico e mental... Até que nós tenhamos um conhecimento mais bem fundamentado sobre os efeitos do cruzamento de raças, seria melhor evitá-lo entre raças muito distantes". 6 De minha parte eu sabia bem como reagir. Se tivesse de me definir, diria que espero; interrogo as cercanias, interpreto a partir de minhas descobertas, tornei-me um sensitivo (2008, p. 111).

Lewis Gordon (1995) percebe a situação paradoxal do negro, para o qual reivindicar a razão seria exibir a não razão, o que se desvela em um argumento irracional: ao buscar argumentar com a razão, o negro sofre uma perda antes mesmo de começar a lutar por sua própria existência. Dessa

---

sentimientos no se pusieran en movimiento para mejorar nuestra naturaleza [...] y hacernos capaces de disfrutar de una mayor cantidad de felicidad?"

9 No original: uma asimetría em los logros y el *status* entre los sexos.

10 No original: la construcción de um nuevo mundo que debía beneficiar igualmente a las mujeres

forma, a razão e a compreensão estão infectadas com o racismo de forma que a irracionalidade está intrinsecamente relacionada com a existência de sujeitos racializados, fazendo com que aqueles "negros que raciocinam" encontram-se em situação paradoxal com a sua própria existência sob o ponto de vista da razão Ocidental (FANON, 1995, p. 8). Disso, pontua-se a percepção de Frantz Fanon acerca da exploração da experiência de vida do negro:

> Eu havia lido corretamente. Era a raiva; eu era odiado, detestado, desprezado, não pelo vizinho da frente ou pelo primo materno, mas por toda uma raça. Estava exposto a algo irracional. Os psicanalistas dizem que não há nada de mais traumatizante para a criança do que o contacto com o racional. Pessoalmente eu diria que, para um homem que só tem como arma a razão, não há nada de mais neurotizante do que o contato com o irracional (2008, p. 110).

Fanon evidencia a verticalização do poder sobre os povos colonizados, no lado inferiorizado do panorama de divisão de privilégios das sociedades modernas. No plano prático, a colonialidade naturaliza modos de vida perpassados pela lógica da colonização, justificando a guerra e a dominação contra os povos colonizados, sustentado a reprodução de um estado permanente de violação contra sujeitos específicos (MALDONADO-TORRES, 2007). A morte e a violação corporal presentes na guerra são reproduzidos diariamente no mundo moderno e atuam diretamente sobre os corpos que reúnem determinadas características utilizadas pelos colonizadores como fatores de distinção: as mesmas características carregadas contemporaneamente por povos vulnerabilizados.

4 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL COMO UM APORTE À LÓGICA DE DESUMANIZAÇÃO MODERNA.

UNILASALLE CANOAS-RS

Conforme Jack Donelly (2001), até o início do século passado, não brancos eram percebidos por grande parte das pessoas como "irreparavelmente deficientes em sua racionalidade e capacidades morais" (tradução nossa). Ocorre que diversos movimentos sociais que lutam pelo reconhecimento de direitos a minorias desempoderadas vêm utilizando contra-argumentos com aspectos teóricos e empíricos para acabar com essas distinções (DONELLY, 2001). Nesses casos, pelo menos em um campo formal, a garantia plena e igualitária do reconhecimento de direitos humanos foi conquistada através da proteção contra a discriminação. Em um campo prático, por outro lado, foram criados instrumentos que, por intermédio de medidas positivas, possuem o condão de transformar a realidade possibilitando uma efetivação prática da igualdade. Nas palavras de Jack Donelly:

> Signos de diferença em relação ao padrão cultural dominante que antes eram vistos como marcas de uma inferioridade moral, servido de plano de fundo para uma subordinação justificável, tem sido excluídos da esfera de discriminações legitimas no cenário jurídico e político (2001, p. 552-552). (Tradução nossa).[11]

Esse panorama é personificado pela preocupação internacional com a promulgação de um documento capaz de um efetivo combate à discriminação racial. Em 1960, a integração de dezessete países africanos nas Nações Unidas, bem como a apreensão gerada pela realização da Primeira Conferência da Cúpula dos Países Não Aliados, no ano de 1961, em Belgrado (indicando o surgimento intra-europeu de um movimento fascista e antissemita), influenciaram o cenário internacional de

11No original: Signs of difference from the dominant mainstream that previously were seen as marks of moral inferiority and grounds for justifiable subordination have been excluded from the realm of legally and politically legitimate discriminations.

combate ao racismo, que resultou na adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em 21 de dezembro de 1965[12], que conta atualmente com a ratificação de 177 Estados.

Os Estados que ratificam a Convenção automaticamente assumem, frente à comunidade internacional, a obrigação de assegurar a efetiva igualdade com a eliminação da discriminação racial. Por isso, logo em seu preâmbulo, a Convenção assevera que "doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum".

Conforme Flavia Piovesan (2011), a discriminação sempre significa a expressão de desigualdades, impedindo o exercício pleno dos direitos humanos e de liberdades fundamentais. Ocorre que, enquanto a igualdade remete a um plano de inclusão social; a discriminação, por outro lado, resulta em violência, expressada por meio da intolerância à diferença e à diversidade (PIOVESAN, 2011). Por isso, a mera proibição da exclusão não resulta automaticamente em inclusão (PIOVESAN, 2011), motivo pelo a convenção prevê a possibilidade de se implementar ações afirmativas através de medidas especiais de proteção a indivíduos ou grupos vulnerabilizados, no intuito possibilitar a sua emancipação social até um nível igualitário com os demais componentes do corpo social. Nas palavras da autora:

> As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluridade social (PIOVESAN, 2011, p. 253).

UNILASALLE RS
CANOAS-RS

Assim, a Convenção consagra o direito à igualdade, com o reconhecimento de diversas garantias, como: o tratamento equânime frente aos Tribunais e órgãos administradores da justiça, a proibição de propaganda e organização racista e o acesso igualitário a lugares ou serviços de natureza pública (PIOVESAN, 2011). O documento constitui-se, ainda, como o primeiro instrumento jurídico internacional com mecanismos próprios de supervisão, na medida em que inclui em seu texto o Comitê sobre a Eliminacão da Discriminação Racial, que, de maneira semelhante ao Comitê de Direitos Humanos, examina petições individuas, comunicações interestatais e relatórios encaminhados pelos Estados Partes.

O comitê representa a consolidação de dois objetivos importantes: a persuasão dos estados partes ao cumprimento da obrigação de elaborar e enviar relatórios periódicos, e o apontamento de falhas na implementação das obrigações dos Estados Partes em seu território (GOES; SILVA, 2008). Nas palavras de Fernanda Goes e Tatiana Silva (2013), a comissão pode ser considerada "como o mais amplo instrumento de combate à discriminação racial, tanto por ser específica para o combate à discriminação por motivo racial como porque extrapola campos delimitados, como o do trabalho e da educação".

Uma das mais complexas e extensas atuações do comitê consolidou-se quando da pressão ao regime aparteísta sul-africano (GOES; SILVA, 2008), que culminou, em 1993, na realização da II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos. Duas décadas de tensão entre a ONU e o governo

---

12A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas está disponível em: Diponível em: < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> . Acesso em: 01 nov.2015.

sul-africano segregacionista foram sintetizadas na conferência, cujo diferencial fora "a presença da sociedade civil organizada por meio de ONGs em reuniões junto aos peritos do comitê da CERD" (GOES; SILVA, 2008, p. 20). No ano seguinte, em 1994, a ascensão de Nelson Mandela e o fim do *apartheid* representaram um amplo e extenso combate ao regime aparteísta pela ONU por meio do comitê especializado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma compreensão apurada sobre a complexidade histórica dos Direitos Humanos exige uma percepção profunda sobre as diversas nuances históricas que construíram as disparidades de distribuição de poder nas sociedades modernas. O gozo pleno dos direitos humanos, ainda hoje, está estritamente vinculado a características subjetivas como sexo, raça, cor e condição física ou mental. Nesse ponto, cabe ao jurista reconhecer as dimensões sociais de dominação para que possa desmantelar concepções humanistas estritamente vinculadas com a dimensão formal do direito à igualdade, que acaba por reforçar a opressão de indivíduos historicamente subjulgados.

A face antissubordinação do direito à não discriminação surge como alternativa no combate a um panorama social intolerante, que incorpora a concepção individualista de "humano" provinda da modernidade colonial. Por isso, a efetivação jurídica da igualdade entre os seres humanos passa, necessariamente, pelas diferenciações de tratamento frente à percepção crítica dos fatores que segregam os indivíduos entre grupos de privilégio ou opressão.

REFERÊNCIAS

BRAGATO, Fernanda. Direitos territoriais indígenas e descolonialidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

BRAGATO, Fernanda. Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial. 2009. 70 f. Tese (Doutorada em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009.

CARRO, Venancio Diego. Domingo de Soto y su doctrina juridical. 2. ed. Madrid: [S.I.], 1944.

DONNELLY, Jack. Non-Discrimination and Sexual Orientation: Making a Place for Sexual Minorities in the Global Human Rights Regime. In: HAYDEN, Patrick (Org.). The Philosophy of Human Rights. St. Paul: Paragon House, 2001.

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

GOES, Fernanda; SILVA, Tatiana. O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

GORDON, Lewis. Fanon and the Crisis of European Man. An essay on Philosophy and the Human Sciences. 1. ed. Nova Iorque: Routledge, 1995.

GORDON, Lewis. Prefácio In: FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

HAYDEN, Patrick. The Philosophy of Human Rights. St. Paul: Paragon House, 2001.

HOBBES, Thomas. Do Cidadão: São Paulo, Martins Fontes, 1998.

HOBBES, Thomas. Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HORKHEIMER, Max. Teoria Crítica: uma documentação. São Paulo: Perspectiva, 1990.

LAS CASAS, Fray Bartolome De. Apologia. Madrid: Editora Nacional, 2000.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALDONADO-TORRES, Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; Ramón, GROSFOGUEL (Orgs.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2007. p. 127-167.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación. 2011. 969 f. Tese (Doutorado em estudos avançados de Direitos Humanos) – Instituto de Direitos Humanos Bartolomé de Las Casas (Universidad Carlos III de Madrid), Getafe, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In: STEPHEN, Shute; HURLEY, Susan (Org.). On Human Rights. Nova Iorque: BasicBooks. 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

SILVA, Silvio José Albuquerque. Combate ao racismo. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. A invenção do sujeito universal: Hobbes e a política como experiência dramática do sentido. Campinas: UNICAMP, 1995.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2007.

WALLERSTEIN, Immanuel. O universalismo europeu. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Vindicación de los Derechos de la Mujer. 2. ed. Valência: Catedra, 2000. p. 115.

UNILASALLE CANOAS-RS

TUTELA JURÍDICA DAS MINORIAS LINGUÍSTICAS: A EXPERIÊNCIA DOS POVOS INDÍGENAS NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

Cristiny Mroczkoski Rocha[1]

RESUMO: No presente trabalho propomos a análise dos direitos específicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, nacional e em âmbito internacional, relativos ao cidadão indígena, como ser integrante de um povo com direitos específicos e necessidades especiais. Propomos a análise não só desses direito específicos, mas a necessidade de compatibilizar esses interesses diferenciados, dentro de um sistema único que precisa ser capaz de compreender a diversidade, principalmente no que cabe as minorias linguística, e ajustar-se a ela, sobretudo em espaços que são tradicionalmente de tolerância e respeito, como é o caso do Poder Judiciário Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Indígenas. Interesses Diferenciados. Minorias Linguísticas. Ordenamento Jurídico. Poder Judiciário Brasileiro.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A população indígena no Brasil é pequena, tanto em números como em representatividade. Segundo dados da CEPAL[2] remontam a 900.000 o número de índios, o que presenta 0,5% da nossa população.

Contudo, no âmbito da América Latina, o Brasil encontra-se no primeiro posto entre os países com maior quantidade de povos indígenas (305), sendo seguido pela Colômbia (102), Peru (85), México (78) e Bolívia (39). Os dados da CEPAL também dão conta de que o Brasil desponta entre os países onde há o maior número de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou cultural[3], o que demonstra a permanência dos sucessivos processos de exclusão.

Certo é que, desde a descoberta do Brasil pelos portugueses, que não pouparam o assassinato massivo dos nativos, tanto de modo direto como pelo fomento de conflitos intertribais já existentes, a ideia de colonialidade[4] ainda se faz existente.

Após diversas opiniões e discussões dos conquistadores, teólogos e juristas, chegou-se à conclusão de que os habitantes do continente americano não eram nem animais, nem algo intermediário entre feras e homens. Daí, surgiram os primeiros defensores dos índios, se desenvolvendo os primeiros experimentos sociológicos na América – isso começou no âmbito da colonização espanhola (HANKE, 1988, p.133). A manifestação oficial disso, apareceu inicialmente no item 16 da Lei de Burgos, pelo qual "*se ordena que os índios que tenham deficiente discrição e capacidade de contrair matrimônio e governar suas casas se unam de acordo com as leis da Igreja".* O item 4, da Declaração das Ordenanças sobre os índios de 1513, também aduz que alguns índios eram capazes de viver por si sós (HANKE, 1988, p.134).

---

1 Advogada e Professora (UNIFIN/RS). Especialista em Direito do Estado (UFRGS) e Direito Processual Civil (Verbo Jurídico). Mestranda em Direito Público pela Unisinos/RS – Linha 1 - bolsista CAPES/PROEX. E-mail: cristiny.advogada@gmail.com

2 CEPAL. *Los Pueblos indígenas en América Latina.* Disponível em: http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina .Acesso em 20/04/2016.

3 O Brasil aparece com 70 números de povos indígenas que se encontram em perigo de desaparecimento físico ou culturas. Em sequencia aparece a Colômbia, com 35 povos, e por último a Bolívia, com 13 povos.

4 Colonial é o poder que usa a ideia de raça, para manter uma escala de identidades sociais com o branco masculino no topo e os índios e negros em patamares inferiores.

A influência do direito canônico na legislação das Índias também se deveu essencialmente à participação de teólogos e moralistas, juntamente com juristas e homens de governo na sua elaboração (COLAÇO, 2005, p.95). Elaborada no ano de 1537 pelo Papa Paulo III, a Bula *Sublimis Deus,* considerada a primeira encíclica social dirigida aos povos americanos, condenava os escravizadores de índios:

> ...fazendo uso da autoridade apostólica, determinamos e declaramos pelas presentes palavras que ditos índios, assim como todas as gentes que no futuro venham a chegar ao conhecimento dos cristãos, ainda que vivam fora da fé cristã, podem usar, possuir e gozar livremente e licitamente de sua liberdade e do domínio de suas propriedades, que não devem ser reduzidos à servidão e que tudo que seja feito de outro modo é nulo e sem valor; igualmente declaramos que ditos índios e demais povos devem ser convidados a abraçar a fé de Cristo por meio da pregação da palavra de Deus e com o exemplo de vida boa...

Em que pese a religiosidade dos portugueses, o conteúdo da norma não foi aplicado no nosso país. A população indígena foi escravizada, a fim de promover mão-de-obra ao colonizador.

Notando a natureza ardilosa dos recém-chegados, que frequentemente descumpriam seus compromissos, os índios voltaram-se, cada vez mais, contra os colonizadores, o que gerou um considerável numero de embates (ALMEIDA, 2010, p.45 e ss.).

Os povos indígenas que chegaram ao século XX no Brasil poderiam ser enquadrados, de modo simplificado, nos seguintes grupos: a) aqueles que se localizam em áreas muito pouco povoadas, conseguindo manter suas raízes culturais, desde que a área por eles ocupada não fosse de interesse dos povos envolventes (por exemplo os povos de áreas remotas da Amazônia); b) aqueles que ocupavam áreas de interesse econômico rural foram expulsos ou tiveram seus territórios muito reduzidos. Contudo, vários desse grupo permaneceram no ambiente rural, preservando "parcialmente" suas tradições; c) os que ocupavam áreas de interesse urbano foram dizimados, física, e sobretudo, culturalmente, em um processo denominado aculturação(VITORELLI, 2015, p.503).

O conceito de povo indígena ainda não possui uma determinação mundial. Mesmo a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 não contém um conceito definido em relação ao termo "povos indígenas", havendo uma ideia predominante de que essa definição universal é desnecessária, sendo que, o entendimento comumente utilizado é o previsto por Martinez Cobo[5]:

> As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e precoloniais que se desenvolveram em seus territórios, consideram-se distintos de outros setores da sociedade que agora prevalecem nesses territórios ou em parte deles. Constituem setores não dominantes da sociedade e têm a determinação de preservar, desenvolver e transmitir a futuras gerações seus territórios ancestrais e sua identidade étnica com base de sua existência continuada como povo, de acordo com seus próprios padrões culturais, institucionais sociais e sistemas legal." Ademais, Cobo assinala sobre a pessoa indígena: "Aquele que pertence a essas populações indígenas através da autoidentificação como indígena (consciência de grupo) e é reconhecido e aceito por essas populações como um dos seus membros (aceitação de grupo). (BRAGATO, 2014, p.88)

5 UNITED NATIONS. *The concept of indigenous peoples* (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples). Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004. Ademais, importante elucidar que o autor foi Relator Especial da Subscomissão para a prevenção da Discriminação e Proteção das minorias na ONU.

O objetivo desse artigo é explorar o tratamento deferido aos considerados índios[6], analisando o desenrolar da legislação brasileira nessa matéria e sobretudo o tratamento desses indivíduos no contexto do processo judicial brasileiro. Assim, passaremos pela questão do problema linguístico e da insuficiência do discurso dominante dos direitos humanos para a legitimação das demandas, que contribuem para a manutenção das desigualdades e somam-se a persistência da discriminação e desconsideração de convenções internacionais.

2 PANORAMA DOS POVOS INDÍGENAS E DO DIREITO INDIGENISTA NO SÉCULO XX

Passados séculos, ainda existe a figura estereotipada do índio: embriagados, ociosos, explorados por um cacique, que arrenda suas terras para os brancos agricultores.

Há resistência no reconhecimento da condição humana do indígena e grande parte das terras reivindicadas encontram-se nas mãos de produtores rurais. Esse ponto tem especial relevância, vez que um dos aspectos considerados fundamentais para a expressão sociocultural dos povos indígenas é o seu território.

Por terra indígena, nas palavras de João Pacheco de Oliveira (2012), entendemos a unidade territorial definida juridicamente e criada por meio de *procedimentos administrativos*[7] com vistas a garantir a determinado grupo um espaço geográfico para uso e reprodução social. Esse conceito deve contrastar com o que compreendemos por propriedade privada, que, nas palavras de Deborah Duprat (2012), corresponde a um espaço excludente e marcado pela nota da individualidade, enquanto o território indígena é um espaço de acolhimento em que o individuo encontra-se referido aos que o cercam.

Inúmeras são as demandas judiciais envolvendo a reinvindicação de terras indígenas no Brasil[8]. Esse diagnóstico é, no mínimo curioso, porque desde 1934, as Constituições brasileiras[9] garantem aos índios a propriedade de suas terras, conforme constava já no art. 129 (CF/1934): "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".

UNILASALLE
CANOAS-RS

Em 1973 foi editado o ainda vigente Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, que é a principal norma que regulamenta a questão das terras indígenas. Porém, o referido diploma parte da ideia de que os povos indígenas deveriam ser "integrados à comunhão nacional", ou seja, os "direitos"

---

6 Falamos em "considerados índios" pois há inúmeras decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros no sentido de ser dispensável a realização de perícia antropológica, podendo o juiz avaliar pelas provas constantes nos autos o grau de compreensão da conduta pelo índio. Nesse sentido, são exemplos, do Superior Tribunal de Justiça, a decisão no HC 30113, DJ 16.11.04; e do Supremo Tribunal Federal, a decisão do HC 85198, J. 17.11.05, na qual, embora se tenha dispensado a emissão do laudo antropológico, se garantiu ao índio o cumprimento da pena no regime de semiliberdade.

7 Esses procedimentos administrativos encontram-se previstos no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996 e envolvem a identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por índios (art. 231 da CFRB).

8 A quantidade de demandas judiciais muitas vezes é colocada como motivo de escusa pelo governo brasileiro no atraso na solução dos conflitos indígenas, conforme se depreende da afirmação no Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (2015), que afirmou que "o conflito judicial acaba sendo inevitável. Ele se projeta em várias etapas do processo de demarcação, seja contra ou a favor do processo". Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/495749-EXCESSO-DE-PROCESSOS-JUDICIAIS-ATRASA-SOLUCAO-DE-CONFLITOS-INDIGENAS,-DIZ-MINISTRO.html . Acesso em: 21/04/2016.

9 Ressalta EDILSON VITORELLI que "o Brasil teve desde a sua independência 7 Constituições que alternam momentos de democracia, geralmente tímidos, com momentos de ditadura, usualmente sanguinária e coronelista" (2015.p.503).

detinham caráter de transitoriedade[10]. Não se reconheceu, portanto, os índios como indivíduos que já fazem parte da comunhão nacional, estimulando-se, mesmo que de modo velado, a extinção progressiva dos traços culturais diferenciados desse povo.

Nesse mesmo sentido, no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho mantinha vigente a Convenção 107/507, que disciplinava a matéria "Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes". Essa convenção propugnava a integração progressiva dos povos indígenas na vida dos respectivos países, mesmo que vedasse medidas de "assimilação artificial dessas populações". Seus vetores para a denominada integração eram: *i)* desenvolvimento da dignidade, *ii)* da utilidade social e *iii)* da iniciativa do indivíduo, o que demonstrava, já em um primeiro momento, a importância do trabalho como elemento de integração dos índios – poderiam passar da inutilidade à "utilidade social".

Por essa razão, não podemos dizer que o legislador brasileiro de 1973 estava atrás de seu tempo, mas sem dúvida não estava à frente.

Apenas na década de 80, a OIT passa a discutir um novo paradigma para o reconhecimento dessa identidade diferenciada dos indígenas, que veio a aparecer através do Convênio 169 da OIT - posteriormente, também em âmbito internacional, em 2007, podemos falar na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Concomitantemente à discussão da Convenção 169 da OIT, foram inaugurados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988– reunida em 1º de fevereiro de 1987, que, sob a perspectiva de representação por gênero, possuía as mulheres absolutamente sub-representadas, contando com apenas 26 congressistas (4,6% do total); 11 membros afrodescendentes – pretos ou mulatos (2%), e *nenhum* indígena[11].

Em que pese isso, a Constituição editada trouxe significativos avanços nos direitos dos índios, que passaram a ser tratados como sujeitos dignos de reconhecimento diferenciado: o direito de serem índios e de permanecerem como tais.

O texto também inovou ao prever a natureza originária do direito à suas terras, isto é, anterior ao próprio Estado brasileiro, independentemente de reconhecimento oficial.

Em 1990, também integrou ao nosso ordenamento a Convenção sobre os Direitos da Criança - adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor internacional em 2 de setembro de 1990. Essa Convenção foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990; aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990; ratificada em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 e foi promulgada por meio do Decreto n.º 99.710, em 21 de novembro de 1990. Nota-se a grande celeridade de sua incorporação ao Direito brasileiro.

No art. 17, a Convenção declara que os Estados Partes reconhecem a importância da função desempenhada pelos meios de comunicação. Conforme bem assinala André de Carvalho Ramos (2014, p.181), dever-se-ia zelar para que a criança tivesse acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os

---

10 Sobre o tema, FERNANDA FRIZZO BRAGATO, bem elucida que, até a adoção do Código Civil brasileiro de 2002, os índios eram classificados como relativamente incapazes – ideia essa que seguia a mesma tendência no resto do mundo. "*A condição indígena era reconhecida como uma situação transitória, um estágio na caminhada civilizatória, que poderia ir desde o estado de "isolados" até o estado de "integrados". Nesse momento, os efeitos da tutela protetiva do Estado cessariam, ainda que persistissem alguns costumes e valores da tradição tribal. (...) a proteção ao indígena e seu reconhecimento só encontravam respaldo na necessidade de se impor um processo em direção ao "não índio"(...) (In:* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica…, op. cit., 2014.p. 91)

11 Cf. SOUZA, 2001. p. 541.

Estados Partes deveriam incentivar os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, bem como a produção e difusão de livros para crianças; promover a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; incentivar os meios de comunicação no sentido de, particularmente, *considerar as necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;* e, finalmente, promover a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar.

Aqui, podemos dizer que há expressamente, e sem margem à dúvidas, a preocupação em considerar as minorias linguísticas, principalmente a da criança indígena.

Em 2004, tivemos a internalização da Convenção 169 da OIT através do Decreto nº 5.051, que reforçou no âmbito interno a responsabilidade dos governos à proteção dos direitos e o respeito à integridade das comunidades (art. 2º), e que cabe a elas próprias definirem suas prioridades de desenvolvimento, inclusive a possibilidade de permanecer no estado em que se encontram, recusando politicas públicas que possam lhe atingir, mesmo de modo favorável – consoante art. 7º[12].

A problemática reside na inutilização dessa convenção pelos tribunais brasileiros, situação difícil de precisar, pois não há recusa explícita na sua aplicação, nem apontamento de vícios. Certo é que, em pesquisa a todos tribunais federais brasileiros[13], que tratam de questões relativas aos povos indígenas, é possível encontrar apenas 1636 resultados que fazem referencia à palavra "índio", e apenas 29 que contêm as palavras "Convenção 169 da OIT" – sendo que nem todas tratam de questões indígenas. Dessas 29 decisões, apenas 2 são originárias do Supremo Tribunal Federal[14] e 4 do Superior Tribunal de Justiça[15].

Se essa é a situação da Convenção 169 da OIT – norma internalizada, melhor não é o tratamento quanto à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[16]. Esse documento, em vários aspectos considerado mais avançado do que a Convenção, foi considerado como "soft law"[17] pelo STF no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol", não criando nenhum tipo de obrigação vinculante para o Estado brasileiro.

O regramento que vigora, realmente nos tribunais brasileiros, em relação aos índios, é o Estatuto de 1973. São comuns decisões que negam liminarmente a condição indígena de pessoas pelas

---

12 Art. 7º da Convenção 169 da OIT: "Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente".

13 Disponível em https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/

14 Processo nºs: Inq-ED 3862, Dje 18.11.2014; Pet-ED 3388, Dje 23.10.2013.

15 Processos nºs: AGRRCL 201400624840, Dje 03/09/2014; RESP 200901199888, Dje 10/03/2014; RESP 200901199888, Dje 28/08/2013; e AGRSLS 201301078790, Dje 26/06/2013.

16 ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Art. 26: 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

17 Daniel Sarmento ressalta sobre *soft law: "*O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o Direito da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, o que torna o seu Direito mais "suave" (soft law)". (2012. p.202).

razoes mais discutíveis, como o fato de serem alfabetizadas, falarem português, votarem, ou menos saber pilotar uma bicicleta (VITORELLI, 2015.p.505).

Esses entendimento aparecem sobretudo em matéria criminal, em que pelos menos dois direitos são garantidos pelo Estatuto: a) art. 56 - atenuação da pena em razão do maior ou menos grau de compreensão da ilicitude da conduta; e b) art. 56, §ú – cumprimento das penas privativas de reclusão e detenção em um regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índio mais próximo da habitação do condenado.

Entretanto, são inúmeras as decisões judiciais que dispensam a realização de perícia antropológica, podendo a avaliação partir do próprio juiz, à respeito do grau de compreensão da conduta pelo índio[18] - quando ampla, pode tratá-lo como se índio não fosse, pelo simples reconhecimento de que se trata de um índio "integrado à sociedade".

3 LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS ÍNDIOS E REPRESENTATIVIDADE

Conforme disposto no art. 232 da CF/88, os índios, suas comunidades e organizações são partes legitimas para ingressar em juízo na defesa dos seus direitos.

Contudo, problemas práticos para que esse direito venha a ser exercido devem ser resolvidos à luz do Código de Processo específico, mas, sobretudo, refletido pelas disposições da Carta Política. Nesse sentido, a título exemplificativo, o recente teori do art. 1º do Novo CPC, ao prever que "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Com efeito, questões como a forma de autorização da Comunidade, a legitimidade das lideranças indígenas, etc., não poder ser resolvidas sem atenção aos ditames de que são reconhecidos aos índios "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições"(*art. 231, caput*, CF). Significaria dizer, nas palavras de Helder Girão Barreto, que a "instrumentalidade" do processo não deverá ser empeço à realização do comando constitucional (BARRETO, 2005, p.101).

Outrossim, em homenagem ao decido processo legal (art. 5º, LV, CF/88), as questões que versem sobre ilegitimidade e irregularidade de representação processual deverão ser sempre submetidas ao contraditório, e, se necessário, a feitura de um laudo antropológico[19], por exemplo, sendo decididas por "decisão" judicial recorrível. Ademais, nesse caso, haverá intervenção obrigatória do Ministério Público (MP) em todos os atos do processo, na forma de *custos legis* (fiscal da lei), consoante preceitua a última parte do referido art. 231.

---

18 Conforme se depreende do julgamento do HC 25003, rel. Min. Paulo Medina, DJ 01/12/03, além dos julgados citados na nota de rodapé nº 9.

19 O laudo antropológico é o documento resultante de uma perícia antropológica. Uma perícia antropológica se torna exigência quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requererem um conhecimento especializado do saber antropológico, em estudo que evidencie um fazer antropológico, relatado os achados de um modo que resulte a demonstração da reconstrução do mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas praticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais reciprocas, suas ordens internas, a organização grupal, fatores que geram concepção de pertencimento, entre outros. A perícia antropológica se impõe quando há a necessidade de se documentar a realidade e a verdade de fatos em torno, e.g., dos índios, quilombolas, ciganos, populações tradicionais, suas comunidades e organizações; quando os fatos sociais em torno desses grupos e comunidades necessitam ser interpretados na sua significação individual e na sua dinâmica social e coletiva; para interpretar e aplicar o Direito a essas comunidades e seus membros. (*In:* MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da _pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf . Acesso em 23/04/2016)

Ao Ministério Público cabe "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas" (art. 129, V, CF/88). Porém, temos que estar atentos para a seguinte diferença: quando o MP atua na defesa judicial dos direitos indígenas (art. 129, V, CF), o faz na condição de "parte (autor e réu) ou de terceiro interessado (litisconsorte, assistente ou opoente); quando intervém em todos os atos do processo, o faz na condição de *custos legis* (art. 231, última parte, CF/88).

A distinção tem importância na medida das faculdades e ônus processuais.

Quanto à competência, certo é que: as ações que envolvem disputa sobre direito indígenas devem ser propostas pelo Ministério Público Federal; aquelas que envolvem indígenas, mas não necessariamente direitos indígenas, são propostas pelos Ministérios Públicos dos Estados, e, em qualquer uma das situações, perante o Juízo competente. Essa parece ser a conclusão sugerida por José Afonso da Silva ao asseverar que "se a competência é da Justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o *Ministério Público Federal. A contrario sensu..."*(SILVA, 2002, p.835).

Sem prejuízo de todo exposto, não podemos desprezar que, consoante disposto no art. 232 da Constituição, os índios, suas comunidades e organizações dispõem de legitimação processual para pleitearem em Juízo, sem intermediação, na defesa de seus direitos e interesses individuais ou coletivos.

Com efeito, quanto aos direitos coletivos, conforme ressalta Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a representação deve ser atribuída ao líder da coletividade, embora ressaltem se tratar de "*presunção de representação que pode ser desfeita, em caso de não conformidade com a realidade"*(ARAÚJO, 2001, p.430). Entendem, também que, no caso de dúvida, deve-se recorrer à pericia antropológica.

4 A EXCLUSÃO LINGUÍSTICA DOS POVOS INDÍGENAS NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO

UNILASALLE CANOAS-RS

Alessandro Pizzorusso (2000) com clareza aborda acerca dos "direitos linguísticos":

> […] pueden clasificarse en cuatro grupos, de acuerdo con las siguientes consideraciones: *a*) La regulación de la lengua entendida como un aspecto de la *forma* de los actos jurídicamente relevantes; *b*) La regulación de la lengua entendida como un *signo* capaz de expresar la voluntad del sujeto que la usa para afirmar la propia pertenencia a una cultura o a una nación, y, por eso, como una manifestación de una opinión que apunta a valorar tal cultura o tal nación; *c*) La regulación de la lengua entendida como *factor de reconocimiento* de la pertenencia del individuo que la usa a un grupo social dotado de un estatuto particular en el ámbito del ordenamiento estatal, y *d*) La regulación de la lengua entendida como un *bien cultural*, susceptible de protección según modalidades semejantes a las comúnmente empleadas en relación con otros bienes culturales.

Ainda que não saibamos com exatidão o número de línguas faladas pelos índios na época da colonização, estudiosos apontam que seriam em torno de 1200 línguas diferentes[20]. Em termos históricos, certo é que os catequizadores jesuítas inicialmente tentaram aprender as línguas indígenas, a fim de transmitir-lhes o evangelho em suas próprias línguas. Porém, a necessidade de fortalecimento do processo de colonização acabou por tornar a variedade linguística um óbice ao fortalecimento da identidade do território colonial.

20 Cf. RODRIGUES, 1986.

Em 1757 foi publicado o documento denominado "Diretório dos Índios[21]", primeiro documento do Estado português que buscava "civilizar" os índios. Especialmente quanto à língua, estabelecia no seu item 6:

> Sempre foi máxima inalteravelmente praticada em todas as Nações, que conquistaram novos Domínios, *introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios mais eficazes para desterrar dos Povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes*; e ter mostrado a experiência, que ao mesmo passo, que se introduz neles o uso da *Língua do Príncipe*, que os conquistou, se lhes radica também o afeto, a veneração, e a obediência ao mesmo Príncipe. Observando pois todas as Nações polidas do Mundo, este prudente, e sólido sistema, nesta Conquista se praticou tanto pelo contrário, que só cuidaram os primeiros Conquistadores estabelecer nela o uso da Língua, que chamaram geral; invenção verdadeiramente abominável, e diabólica, para que privados os Índios de todos aqueles meios, que os podiam civilizar, permanecessem na rústica, e bárbara sujeição, em que até agora se conservavam. Para desterrar esse perniciosíssimo abuso, será um dos principais cuidados dos Diretores, estabelecer nas suas respectivas Povoações o uso da Língua Portuguesa, *não consentindo por modo algum, que os Meninos, e as Meninas, que pertencerem às Escolas, e todos aqueles Índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas Nações*, ou da chamada geral; mas unicamente da Portuguesa, na forma, que Sua Majestade tem recomendado em repetidas ordens, que até agora se não observaram com total ruína Espiritual, e Temporal do Estado.

Ou seja, falava na existência de uma língua Príncipe, que seria a língua portuguesa, não se permitindo, de modo algum, a língua própria de suas nações, no intuito de tirar os povos da barbárie.

Esse processo de "integração" serviu para a dilapidação do patrimônio linguístico nacional, dirigido ao fomento do monolinguismo[22]. E, entendendo o direito ao patrimônio cultural linguístico[23] um desdobramento dos direitos culturais, já que sua concepção pressupõe a diversidade linguística e sua fruição, e tem por base a liberdade e a educação, sem dúvida a nossa perda foi lastimável.

Atualmente, teríamos apenas 274 línguas e dialetos indígenas no território nacional, consoante censo do IBGE de 2010[24], sendo que, desse número, somente 25 das línguas tem mais de cinco mil falantes.

O nosso sistema jurídico vem contribuindo pouco para a reversão desse quadro, pois, em que pese a CF ter garantido a preservação das tradições indígenas (art. 231), o texto que refere-se à educação é ambíguo, ao prever que "*o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem"* (art. 210, §2º).

A previsão do "também" nos leva a crer que seria obrigatório o ensino do português aos índios. Conforme bem ressalta Edilson Vitorelli (2015, p.508), a lei 9.394/96, lei de diretrizes e bases

---

21 O Diretório dos Índios foi elaborado em 1755, mas só se tornou público em 1757. É um documento que expressa importantes aspectos da política indígena do período da história de Portugal e do Brasil denominado pombalino. Disponível em: http://nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm . Acesso em: 22/04/2016.

22 Para maiores informações, ver: SOARES, Inês Virgínia Prado. Cidadania e direito à diversidade linguística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33292-42442-1-PB.pdf. Acesso em 02/04/2016.

23 O direito fundamental ao patrimônio cultural linguístico pode, também, ser analisado em duas dimensões: a) em uma vertente subjetiva, como direito do homem (ou do grupo que pertence) que pode ser invocado para limitar a atuação estatal; e b) em uma vertente objetiva, como direito à manutenção da língua e dos falares portadores de valor de referência cultural.

24 IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm . Acesso em 18/04/2016.

da educação, reflete essa ambiguidade constitucional, repetindo o teor do art. 210 em seu art. 32, §3º. Posteriormente, o art. 78 estabelece a educação escolar bilíngue, mas o art. 79 prevê o fortalecimento das praticas socioculturais e da língua materna de cada comunidade indígena, sem tomar posição especifica sobre o ensino obrigatório do português.

A Constituição teria sido, no mínimo, "tímida" nesse respeito, tendo em vista que em outras constituições, como a mexicana, há previsão do direito aos índios de preservar e enriquecer suas própria línguas sem determinar o ensino do castelhano (art. 2º[25]).

Felizmente, em 1998[26], o Ministério da Educação elaborou um referencial curricular nacional para as escolas indígenas, onde se previa:

> Uma outra causa que explica o desaparecimento de línguas indígenas é o deslocamento sociolinguístico. Isso acontece quando, em situações de bilinguismo, a língua dominante vai, pouco a pouco, ocupando o território comunicativo da língua dominada.[...] O problema, no entanto, é que devido à pressão social contra o uso das línguas indígenas, seus falantes passam a usar a língua portuguesa em ambientes que tradicionalmente não lhe pertencem. [...] Essas invasões linguísticas, depois de algum tempo, podem fazer com que uma língua indígena acabe desaparecendo.

Assim, o Ministério da Educação elegeu como fundamento básico a autodeterminação, afirmando que as comunidades indígenas "têm o direito de decidirem seu destino, fazendo suas escolhas, elaborando e administrando autonomamente seus projetos de futuro". Além disso, previa que "no caso das escolas indígenas, para que seja garantida uma educação diferenciada, não é suficiente que os conteúdos sejam ensinados através do uso de línguas maternas: é necessário incluir conteúdos curriculares propriamente indígenas a acolher modos próprios de transmissão do saber Indígena".

Mesmo em comunidades bilíngues, o referencial determina que, sempre que possível, a língua indígena seja ensinada como primeira língua de instrução oral e escrita. O português, nessas situações, deve ser ensinado como segunda língua, nos moldes de uma língua estrangeira.

4.1 O problema linguístico e a exclusão identitárias no Poder Judiciário: panorama no direito comparado irlandês

O Poder Judiciário brasileiro vem consolidando entendimentos conservadores e prejudiciais aos índios, o que é lastimável, considerando que cabe à ele o papel de guardião da Constituição. As modalidades de exclusão judiciária, com relação à linguística, se dá de duas formas: a) pela exclusão da identidade indígena e b) pela proibição de manifestarem-se na sua própria língua.

No que se refere à primeira forma, em que pese a Convenção 169 da OIT prever o princípio do autorreconhecimento, esse não é o critério adotado pelo Poder Judiciário. Os tribunais tem entendido que se pode atribuir ou negar a alguém a condição de índio pela analise de elementos constantes no processo, estando dentre esses, o domínio da língua portuguesa. Seguem os exemplos dos Tribunais Superiores:

---

25 Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible. (…)A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.(…) IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm . Acesso em: 05/04/2016.

26 O referencial curricular nacional para as escolas indígenas, elaborado pelo Ministério da Educação em 1998, encontra-se disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002078.pdf.

> Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. (STF, HC 79530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 16/12/1999, DJ 25-02-2000 PP-00053 EMENT VOL-01980-03 PP-00568 RTJ VOL-00172-02 PP-00582)
>
> Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. (...)(STF, HC 85198, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005)
>
> Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.°, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.°, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão. (STJ, HC 243.794/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)
>
> Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização. III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico. IV. Precedentes do STJ e do STF.
> V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.
> VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes.
> VII. Ordem denegada. (STJ, HC 30.113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 305)

Há uma evidente análise do julgador na “medição” da degradação dos costumes indígenas e da “integração” desses indivíduos à sociedade. Sociedade essa que foi responsável pela destruição da cultura desses povos e usa dessa destruição para negar aos índios os direitos que lhe são garantidos por lei.

É preciso reconhecer que, ao contrário dos entendimentos dominantes nos tribunais, os magistrados (em sentido amplo) não possuem condições de definir, sem o auxilio antropológico, que é e quem não é índio, quem compreende ou não o seu papel no cometimento de um ilícito, por exemplo. Levar em consideração o fato de ter fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade,

habilidade para conduzir uma motocicleta não deveriam ter valor máximo nessa análise.

Ademais, não podemos olvidar que o uso da língua materna indígena é vedada na pratica de atos processuais. Inclusive, em muitos casos, há a negação de tradutor[27] em razão da compreensão da língua portuguesa e ao argumento da teoria tradicional das invalidades processuais, que determina que a decretação da nulidade depende de prova do prejuízo.

Entretanto, o que se está a negar é a própria identidade indígena da parte. As decisões judiciais transportam a ideia de que para o indígena fazer jus aos direitos previstos em lei, ele precisa ser um índio isolado, que corresponda à imagem pré-colombiana de índio.

Esse preconceito, vem ainda mais fortemente expressado no caso Veron[28], onde os representantes do MPF requereram que os índios que fossem ouvidos como testemunha pudessem se expressar na língua guarani, o que foi negado, à extensão da tese do STF: se alguém fala português, não há razão para nomear tradutor.

Ocorre que, dessa decisão, não cabe recurso (seara penal), o que, no caso em apreço, levou ao Procurado da República a abandonar o plenário do júri, medida que foi repudiada pela AJUFE, que em nota afirmou que "a diversidade linguística pode até ter sido protegida, mas certamente não o foi a sociedade"[29].

Porém, é concebido pelo senso comum que, mesmo que uma pessoa saiba se comunicar em um idioma diferente do seu, poderá não ter condições de fazê-lo com a mesma desenvoltura e riqueza de detalhes que faria na sua língua mãe, o que demonstra a barreira de comunicação perpetrada a mantida pelo nosso judiciário.

Nesse sentido, deveríamos mudar o padrão até então adotado. Deveríamos considerar exemplos do direito alienígena, como, em especial, o direito irlandês, embora não no contexto indígena.

Na Irlanda, todos habitantes falam inglês, mas um pequeno numero de cidadão tem o irlandês como língua nativa. Ainda assim, o idioma é reconhecido pela Constituição de 1937(art. 8) como a primeira língua oficial do país, e, com base nisso, se editou o "Official Languages Act"[30], que garante a qualquer pessoa o direito de ser ouvido perante qualquer tribunal, em irlandês, com o uso, se necessário, de tradutor (item 8). Ademais, em relação ao testemunho, o documento prevê que "*sem prejuízo das demais normas desta seção, uma pessoa não pode ser obrigada a prover evidências em uma língua oficial específica, em qualquer procedimento"* (item 4. a).

Não se pode conceber a diversidade linguística como um patrimônio supérfluo, que deve ceder às exigências pragmáticas da situação, mas um patrimônio que deve ser respeitado e cultivado pelo Estado, especialmente em espaços como o Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a defesa do "direito à diferença" não escapa à crítica, principalmente quando essa diferença sendo grupal, subordinam os direitos do individuo ao grupo. Porém, para nos a *diferença* não implica *homogeneidade*, muito pelo contrario, *individualidade*. No caso indígena, sobretudo, a *diferença* é condição mesma da própria identidade.

---

27 Um exemplo é o julgamento do HC 79530, ILMAR GALVÃO, STF, j. 16.12.99).

28 No julgamento do MS 2010.03.00.027550-8/MS, pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região, consta a transcrição da ata do plenário do júri, onde se fornecem todos relatos dos atos processuais havidos.

29 Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/ajufe-sai-defesa-juiza-procurador-abandonou-juri

30 Disponível em: http://www.irishstatutebook.ie/eli/2003/act/32/section/8/enacted/en/html

O reconhecimento ao direito à diferença dos indivíduos e das comunidades etnicamente diferenciadas inserem-se dentro de um contexto que envolve tanto espaços públicos como privados, cujos instrumentos visarão ao alcance da almejada identidade própria.

Quando a CF/88 reconheceu ao índios "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os diretos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" e impôs à União o dever-poder de os proteger e fazer respeitar, restou abandonado o paradigma da integração (rumo ao não índio), e adotou-se um novo paradigma: o da interação. Essa concepção é de suma importância, na medida que as relações com essa coletividade abandonou o plano da verticalidade, passando (ou devendo) passar a se dar no plano da horizontalidade.

Dar o devido reconhecimento a pessoas e grupos, assim como às suas identidades culturais não pode ser confundido com mera cortesia, pois trata-se de uma necessidade humana vital, que precisa ser ainda mais fomentada e respeitada pelo Judiciário, guardião da Constituição.

Um individuo ou grupo com especificidades não reconhecidas, tende a não reconhecer sua própria identidade, a se considerar e ser considerado à margem da sociedade (marginalizado), de tal forma que passe ou continue a não ser reconhecido.

A diversidade cultural se refere à multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos no Estado Democrático Brasileiro, estando inseridos nesse contexto os direitos culturais linguísticos. Tanto o indivíduo, como a comunidade residente no país tem direito a preservar e ver preservados os elementos mais significativos de sua cultura e da cultura nacional, para fruição presente e transmissão às próximas gerações. Sendo assim, o combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada.

Os pactos e convenções que integram o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com as previsões legais nacionais, a fim de acelerar aa construção da igualdade, estimulando a inclusão de grupos socialmente vulneráveis, estando dentre esses os índios. O desenvolvimento de práticas e ações afirmativas constituem medidas especiais para remediar um passado discriminatório.

UNILASALLE CANOAS-RS

Desse modo, deve-se pautar a atuação do Poder Judiciário brasileiro, visando a proteção e promoção das línguas e falares do país, por se tratar de valor simbólico, representativo da identidade cultural da sociedade brasileira e dos grupos minoritários, não desprezando a dimensão interativa desse bem cultural, como vem acontecendo.

Embora a Constituição faça menção expressa às comunidades indígenas, o direito à diversidade linguística abrange todas as línguas faladas por brasileiros e, por isso, o desenvolvimento das políticas públicas deve atingir os diversos grupos falantes. Porém, o que se vê é uma postura adotada pelo Judiciário com posições preconceituosas em relação aos índios, que, sem qualquer embasamento teórico, decide questões relacionadas a esses povos desconsiderando sua história, sua cultura e seus anseios, julgando com elementos "constantes nos autos".

Conforme buscamos demonstrar, há uma série de decisões descaracterizando ou negando a condição indígena a sujeitos processuais, com o objetivo de negar-lhes benefícios garantidos em lei. Na situação em que aparecem como réus, muitas vezes as proposições inerentes à condição indígena aparece caracterizada como manobra meramente protelatória.

Em suma, há dois problemas: o tratamento das questões indígenas e da condição de índio pelo Poder Judiciário Brasileiro, e outro, nele contido, que é a proteção dessa minoria linguística em juízo. Uma saída seria os juízes considerarem os antecedentes sistêmicos que possam, por exemplo, ter levado um índio a delinquir. Devem ser considerados os fatores históricos de colonialismo e expulsão, e como essa historia continua a se refletir em pobreza, baixos níveis educacionais, desemprego, etc., para então poder o juiz definir uma sanção aplicável em razão de sua condição indígena. Ou seja, não se pode desprezar todo contexto real e histórico no tratamento dos direitos dos índios.

É tempo do Estado brasileiro e dos poderes que o compõe começarem a perceber o prejuízo inestimável que será provocado à nossa cultura pela manutenção da opressão ou mesmo supressão das línguas indígenas - reflexo da cultura desse povo e da nossa própria cultura, devendo, por conseguinte, buscar freios para diminuir e quiçá barrar a marginalização dessa minoria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestina de. Os índios na história do Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos Indígenas e a Lei dos "Brancos": o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2005.

BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Strsck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

CEPAL. *Los Pueblos indígenas en América Latina.* Disponível em: http://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina

COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena, tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.

DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o Judiciário. In: BELLO, Enzo (org.). Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

HANKE, Lewis. La lucha por la justicia en la conquista de América. Madrid: Istmo, 1988.

IBGE. Características Gerais dos indígenas: resultado do Universo. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm

KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf

OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT/ Organização Internacional do Trabalho.* – Brasília: OIT, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e Direito:* temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/LACED, 2012.

UNILASALLE CANOAS-RS

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas de 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. *In*: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2000, Issue 98, pp.785-805. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1228571 &orden=46251&info=link

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo : Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. Línguas Brasileiras: para o conhecimento das línguas indígenas. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Celina de. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. Dados.Revista de Ciências Sociais, v. 44, n. 3, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio; PEREIRA DE; Sarmento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

UNITED NATIONS. *The concept of indigenous peoples* (workshop on data collection and disaggregation for indigenous peoples). Department of Economic and Social Affairs: New York, 2004.

VITORELLI, Edilson. *In* Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015..

UNILASALLE
CANOAS-RS

DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO DO DETENTO:EDUCAÇÃO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO ENSINO DE LÍNGUA INGLESA

Meirilene Alves Fernandes[1]
Marina Camargo Mincato[2]
Antonio Felipe Maciel Szezecinski[3]

RESUMO: A educação no sistema prisional é tida como um caminho para a reintegração do detento na sociedade através do desenvolvimento de habilidades profissionais via práticas pedagógicas. Portanto, cabe ser repensada e refletida como um direito do cidadão brasileiro, respaldado na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 205, "educação é direito de todos e dever do Estado [...]"; e o fato da pessoa estar excluída do convívio social não lhes retira esse direito. Com este estudo, busca-se compreender como a educação no presídio pode favorecer o processo de ressocialização do detento, levando-se em conta o papel da Língua Estrangeira neste processo. Para tal, faz-se necessário conhecer o contexto histórico das prisões e as principais funções das penas; analisar a Lei de execução penal, para, então, verificar o papel da educação na reintegração social, visto que o propósito de encarcerar uma pessoa que comete delitos graves é retirá-la do convívio social para proteger a sociedade. Deste modo, esse estudo se justifica por ser um tema de relevância social que abarca o direito de inclusão social. A metodologia utilizada na elaboração do artigo foi qualitativa de cunho bibliográfico, por meio de análise de obras e artigos científicos que abordam a questão do detento como indivíduo que necessita de apoio e educação para sua reintegração na sociedade, além de estudos que analisam o papel da Língua Estrangeira na formação para a diversidade. Como resultados, compreendeu-se que a educação na prisão favorece ao detento a oportunidade de desenvolver sua potencialidade intelectual, fortalecer sua autoestima e assegurar seu direito como cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Língua Estrangeira. Sistema Prisional.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender como a educação no presídio pode favorecer o processo de ressocialização do detento, pensando o papel da Língua Estrangeira neste processo. Assim, o artigo traz o contexto histórico das prisões e as principais funções das penas e como a Lei de execução penal colabora para o papel da educação na reintegração social, uma vez que o propósito de encarcerar uma pessoa que comete delitos graves é retirá-la do convívio social para proteger a sociedade. A revisão bibliográfica analisa a importância dos processos educativos para a reintegração do indivíduo na sociedade, além de estudos que analisam o papel da Língua Estrangeira na formação para a diversidade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS PRISÕES

De acordo com a lei, restringir o direito constitucional à liberdade de locomoção de ir e vir de uma pessoa é uma forma de puni-la.Contudo, "Ao longo da história podemos identificar diferentes maneiras da sociedade lidar com aqueles que infligiram às normas socialmente aceitas". (SANTIAGO, 2009, p. 300). Antes da Constituição Federal de 1988,a pessoa que cometia falta grave era retirada da sociedade e lançada na prisão sem ordem judicial e sem está em flagrante delito. Atualmente, de

1 Mestranda em Educação do Centro Universitário La Salle–Unilasalle; E-mail: meirileneunilasalle@gmail.com
2 Mestranda em Educação *do Centro Universitário La Salle – Unilasalle; E-mail: marina.mincato@lasalle.org.br*
3 Mestrando em Educação do Centro Universitário La Salle –Unilasalle; *E-mail: antonio.szezecinski@gmail.com*

acordo o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no inciso LXI: *"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e 'fundamentada de autoridade judiciária competente [...]"* (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Goffman (2005) define *prisão* como "Um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situações semelhantes, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada (GOFFMAN, 2005, p. 11)". No ambiente prisional, as pessoas que cometem infrações têm espaços isolados para cumprirem as sentenças pelas quais foram designadas, sendo que inicialmente a função da reclusão era para meditação e reflexão pelos atos cometidos.

Nos mosteiros da Idade Média, as pessoas eram colocadas em prisões "como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependerem da falta cometida, reconciliando-se com Deus". (MISCIASCI, 2010, p. 3)

> A prisão, não só como medida processual, mas como também pena aplicável a clérigos e leigos, foi muito adotada, visando esta última a propiciar a reflexão expiatória e salvadora. Até o século XIII, cumpria-se em mosteiros ou conventos (SANTIAGO, 2009, p.301).

É importante observar que a prisão vinculada à religião visava levar o prisioneiro a refletir seus atos, considerando sua conduta errada e estabelecendo medidas que viessem a mudar sua maneira de viver, ou seja, converter seus caminhos. Uma proposta diferente, pois se percebe a intenção de promover a modificação na forma de pensar e agir, contrapondo ao modelo anterior, o qual visava, simplesmente, um alojamento, sem fins de transformação.

As ideias de reclusão baseadas no direito canônico, nas quais "a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas" (BITENCOURT, 2005, p.25), inspiraram a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no Século XVIII (MISCIASCI, 2010, p.3).

No século XVI e XVII a Europa contava com uma grande população que perdera suas posses, aumentando pobreza e a criminalidade aumentou em elevada proporção. Assim, não havia como praticar a pena de morte trazida da antiguidade, pois, seria grande a chacina, por essa razão que foi criada a prisão, com objetivo de corrigir os criminosos (BITENCOURT, 2005).

Sedrez (2008) afirma que no Brasil a primeira instituição prisional que se tem notícia foi à Casa de Correção da Corte, inaugurada em 1850 em São Paulo. Neste estabelecimento os presos eram obrigados a realizar trabalhos forçados durante o dia e reclusão as celas à noite.

Neste sentido, o perfil do sistema prisional configura um detento que, no isolamento, deve rever suas atitudes a fim de estar apto a viver em sociedade após o término de sua pena. No entanto, este processo de ressocialização deve ser calcado na educação, processo pelo qual o indivíduo terá a chance de agir criticamente e, a partir da promoção da cidadania, ser reinserido na sociedade.

3 A ORIGEM DAS PENAS E DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Retomando a história das reclusões prisionais, verifica-se que a origem das penas se confunde com a própria organização do Estado como hoje é conhecido. A forma como surgiu é muito discutida e existem muitos conflitos quanto a isso: sua origem remonta à própria história da humanidade, aos mais primitivos grupamentos humanos, sua origem perde-se no tempo. Para os povos primitivos a pena nasceu de um sentimento de vingança e era aplicada inicialmente de forma privada, e posteriormente foi alçada a categoria de direito. (MISCIASCI, 2010, p.5)

Sendo a pena uma sanção imposta pelo Estado ao exercer seus legítimos direitos de punir àqueles que colocam em risco bens juridicamente protegidos ou causando lesões aos mesmos, tem-se a função de proteger a sociedade. Portanto, deve ser aplicada objetivando-se atingir o fim a que se destina, isto é, deve ser eficaz e útil, do contrário não justifica sua imposição, servindo apenas como meio de cumprir com um encargo, ou seja, com a obrigação de repassar à sociedade a impressão de que se está cumprindo com o dever de garantir a segurança coletiva.

Um indivíduo, ao cometer um crime, não pode servir de padrão para a sociedade, como meio a se alcançar a finalidade de prevenção geral. O Brasil possui um sistema de lei progressivo que impõe as penas privativas de liberdade e permitindo ao preso a oportunidade de retornar a sociedade (SEDREZ, 2008, p.12).

No ordenamento jurídico brasileiro classificam-se as penas em três espécies: I- privativas de liberdade; II- restritivas de direito; III- multa (pecuniária), as quais devem ser aplicadas pelo magistrado de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes. As penas privativas de liberdade preveem três espécies de pena são elas reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais). Enquanto os dois primeiros tipos de pena decorrem da prática de crime, o último tipo decorre de contravenções penais. (CAPEZ, 2015, p.380)

De acordo com o artigo 110 da Lei de Execução Penal, o juiz deverá estabelecer na sentença o tipo de regime inicial de cumprimento da pena que são eles: regime fechado, semiaberto e aberto. No regime fechado, cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, colocar o condenado em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. O regime aberto, o condenado trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

O art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal estabelece que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), desse modo fica estabelecido o direito à privacidade de acordo com o gênero. A pena privativa de liberdade é cumprida em regime progressivo. Na fase inicial, há um controle maior do interno, limitando sua liberdade de forma completa. Já na fase final, o regime costuma ser aberto. O método utilizado para essa progressão é o comportamento do recluso. Esse sistema visa de certa forma, motivar o interno a participar de tarefas formadoras culturais e escolares. Em razão de seu caráter retributivo, a pena deve ser proporcional ao crime cometido, além de não poder passar da pessoa do condenado (SEDREZ, 2008, p.10).

Em 1984 foi aprovado no Brasil a Lei de Execução Penal, pelo projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel iniciado em 1983. A referida lei em seu artigo 1º diz que, 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. É importante observar que a Lei de Execução Penal foi estabelecida na tentativa de assegurar ao detento uma maneira humanitária e digna de ressocialização. Certamente, adota um caráter de extrema relevância para a sociedade. A lei prevê diretrizes e regulamentos para os diversos direitos e deveres do condenado durante sua permanência nas instituições penais.

A Lei de Execução Penal, garante ao preso ou internado, assistência material, em se tratando de higiene, instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico, assistência jurídica, social, religiosa. O artigo 88 prevê que os prisioneiros sejam mantidos em celas individuais de pelo menos seis metros quadrados.

A Lei 12.433 em seu artigo 126, garante aos presos assistência educacional e para aqueles que estão estudando a redução de pena. A cada 12 horas de frequência escolar o preso tem um dia a menos de pena a cumprir, incluindo ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior ou ainda curso de requalificação profissional.

No artigo 31 da Lei de Execução Penal, diz que o Estado tem obrigação de oferecer trabalho remunerado ao presidiário. O salário de um preso, segundo a Lei não pode ser inferior a três quarto do salário mínimo. Os presos que trabalham não estão sujeitos ao regime da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) como décimo terceiro, férias, fundo de garantia, horas extras e aviso prévio e o dinheiro recebido por eles deve ser colocado em poupança para ajudá-lo quando ele conseguir a liberdade. Reconhece os direitos humanos dos presos (proibindo violência por parte de funcionários) e tem como principal objetivo a ressocialização dos detentos.

As instituições restritivas da liberdade são muitas, contudo, o sentido é o mesmo: privar o indivíduo de sua liberdade como forma de punição por atos que não são considerados corretos na sociedade em geral. A educação assume, então, um caráter preventivo e corretivo. Preventivo, pois oportuniza o indivíduo a entender seus direitos e deveres enquanto cidadão, e corretivo, pois passa a ser um caminho para a mudança, permitindo o desenvolvimento de uma visão crítica perante suas próprias atitudes e comportamentos no individual e no coletivo.

Santiago (2009) afirma que as limitações da liberdade são utilizadas como punição e questiona as medidas que o sistema prisional tem para possibilitar ao detento vencer as barreiras que lhe são impostas, indo além e questionando se unicamente por retirá-lo do convívio social o problema da marginalidade será atenuado. É bastante comum ouvir nas mídias notícia de rebeliões e fugas de presídios brasileiros. A situação é caótica em algumas instituições, existindo casos de condições subumanas, locais infectados, local com higienização precária, alimentação inadequada. Camargo (2008) complementa a esse respeito que, "sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares praticadas por criminosos". (CAMARGO, 2008, p.1)

> Boa parte dos estudiosos do Direito Penal, afirma que como sistema, a prisão é uma instituição quase falida e que sua manutenção se justifica, ainda somente pela impossibilidade de que alguns criminosos de alta periculosidade desfrutem do convívio social (GONZAGA, 1994, apud SANTIAGO, 2009. p.305)

Entre o proposto pela Lei de Execução Penal, e o vivido o que se percebe é que realmente o sistema carcerário no Brasil está em ampla decadência. Como diz Camargo (2008, p.2) às prisões "são verdadeiros depósitos humanos", onde a superlotação promove violência sexual entre os detentos, doenças sexualmente transmissíveis proliferem, existem o consumo de drogas dentro dos presídios, sem contar na violência onde o mais forte coage e subordina o mais fraco.

A Lei de Execução Penal prevê boas condições de higiene nas instalações presidiárias, mas a realidade hoje não é bem assim. Muitos dos presos estão submetidos a péssimas condições higiênicas, as celas com grande número de presos exalam odores quase insuportáveis.

> Conhecer a realidade prisional, bem como aproximar da história de quem cumpre a condenação, pode causar impacto, já que é algo rechaçado, temido e afastado da sociedade. O homem condenado a pena privativa da liberdade passa anos de sua vida nesse mundo, que tem regras e leis próprias. Sabe-se da carência do Estado, da falta de políticas voltadas ao interesse do Sistema Prisional e de sua falência. (PICKERING, 2006, p.16)

Assim, é importante perceber que a situação do preso em geral deve ser entendida como um problema público, com questões que levam as autoridades a pensar em como preparar o preso e preparar a sociedade para recebê-lo em seu convívio. Como visto, além da Constituição Federal, há garantia do acesso dos detentos brasileiros à Lei de Execução Penal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394) e o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005), as quais preveem a educação no presídio como um direito do condenado justamente por serem o caminho de inclusão e

ressocialização para a vida em sociedade, assegurando-lhes a oportunidade de um futuro melhor quando alcançarem a liberdade. Assim, o aprisionamento deixa de ser essencialmente um castigo, uma pena a ser cumprida e assume um papel socializador e reformador.

4 A EDUCAÇÃO NO PRESÍDIO: FERRAMENTA DE REINTEGRAÇÃO DO APENADO

Conforme abordado previamente, a Lei de Execução Penal, no que diz respeito à assistência educacional, prevê a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, sendo o ensino profissional ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. A educação para o detento está prevista por lei justamente por ser considerado um dos caminhos para a reintegração social, bem como a oportunidade aos reclusos de criarem subsídios para um futuro melhor ao fim de sua pena. Essa perspectiva permite classificar o aprisionamento como uma alternativa de preparo ao indivíduo e não como discutido anteriormente, na perspectiva de castigo, punição. A educação, portanto, reforma, integra e socializa. Conforme Costa:

> a educação é direito de todos e dever da família e do Estado, terá como bases os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade humana, e, como fim, a formação integral da pessoal do educando, a sua preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (COSTA, 2006, p.23).

Falar em educação e não citar Paulo Freire seria uma injustiça. Para ele, ensinar é muito mais que uma profissão; é uma aceitação de desafios. Freire lutou exatamente por pessoas que são marginalizadas, esquecidas da sociedade e acreditava que, o saber, torna a pessoa agente de suas decisões, portanto, pela educação o ser humano se liberta da opressão, ainda que fisicamente esteja oprimido. (FREIRE,1996).

Pensar na educaçãoe principalmente no ensino de Língua Inglesa, como forma de ressocialização significa permitir ao preso uma forma, de resgatar sua autoestima, evitar a ociosidade,voltar à sociedade, convivendo com as diferenças, e ao mesmo reconhecendo seu papel nesta diversidade, fazendo com este saiba lidar com o diferente e o novo tornando, assim, um espaço para a formação de cidadãos. Conforme Schlatter e Garcez:

> A aula de Línguas Adicionais pode ser um espaço para que os seus participantes se encontrem com uma nova forma de expressão humana, com visões do mundo distintas das suas, com uma língua que pode fascinar ou assustar. E esse espaço deve servir antes de tudo para reflexão e informação sobre as realidades locais e imediatas dos educandos em tarefas de interlocução com o mundo que se faz nessa outra língua. [...] Na aula de Línguas Adicionais, o educando pode ver, desde o começo e cada vez mais, o seu mundo ampliado e assim decidir o que nesses novos horizontes importa para a sua vida, no seu mundo imediato, capacitando-se para participar mais afirmadamente do seu próprio mundo e do mundo maior que se apresenta na sua vida como cidadão. (SCHLATTER; GARCEZ, 2012, p. 37-38).

A educação no contexto prisional passa a ter importância não apenas para os detentos, mas para a sociedade de forma geral, uma vez que acolherá novamente os indivíduos que dela foram excluídos por práticas inadequadas perante a lei. Cria-se, assim, uma oportunidade de reeducar estes indivíduos, socializando-os a voltar para o coletivo, permitindo, portanto, uma reinserção social. Esta proposta, segundo Onofre (2010), precisa relacionar o homem com o contexto no qual vive, situando-o na sociedade e identificando seu perfil:

> Para a construção dessa escola, há que se considerar se existe descompasso entre o que ela deve e o que pode fazer no interior das prisões. A proposta educacional

> traçada para essas escolas, ao explicitar as concepções sobre o homem, sobre o mundo e sobre a educação e a produção de conhecimento, enfatiza que a educação, para ser válida, deve levar em conta tanto a vocação ontológica do homem (vocação de ser sujeito), quanto as condições nas quais vive (contexto). Toda ação educativa deve, portanto, promover o indivíduo, e este deve transformar o mundo em que está inserido, não se tornando um instrumento de ajuste à sociedade (ONOFRE, 2010, p.5).

Para que, de fato, a educação seja um processo que permita o desenvolvimento humano, esta deve contemplar os direitos do detento e visar às perspectivas de cunho social, profissional e pessoal. Desta forma, passa a reconhecer seu papel enquanto indivíduo na sociedade, ampliando sua visão de mundo para, então, construir sua identidade e verificar seu papel no coletivo. Passa a ser um meio para a reintegração do indivíduo ao meio social, fortalecendo, assim, os direitos humanos e necessidades dos indivíduos, preparando-o para exercer a cidadania, bem como qualificar-se para o trabalho, permitindo a vivência da diversidade.

A aula de Língua Estrangeira possibilita ao detento ter contato com o novo, saber da existência deste diferente, oportuniza a interação em meio à diversidade. Estas funções têm impacto direto na sociedade, uma vez que estamos inseridos num determinado contexto, convivendo com pessoas e com elas socializando neste ambiente. Assim, aprendendo a interagir no âmbito da diversidade, estamos educando e formando verdadeiros cidadãos ao invés de estarmos formando simplesmente alunos. Ainda segundo os autores: "Ser cidadão significa participar e lidar com segurança com a complexidade do mundo para intervir nele criticamente – para isso, é necessário compreender as relações humanas como complexas, diversas, situadas e historicamente construídas". (SCHLATTER; GARCEZ, 2012, p. 14).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há controvérsias sobre a importância da educação no sistema prisional para a reinserção do detento na sociedade, numa perspectiva de propiciar uma visão de mundo mais abrangente. A partir da educação, o apenado tem a oportunidade de se transformar, reconfigurando sua própria identidade enquanto indivíduo. Há, ainda, o processo de humanização a partir da ressocialização do preso.

O próprio contexto histórico das prisões permite afirmar que estas se constituem como lugares que retiram a pessoa da sociedade para que sejam reabilitados a viver no coletivo, mas, para que de fato haja mudanças na vida deste preso, é necessário que exista um processo de ressocialização, integrando-o novamente à sociedade da qual foi excluído. O indivíduo ao ser encarcerado desconstrói sua identidade, moldando-se a novos padrões e, ao ter sua liberdade devolvida, reconstrói um novo perfil.

A Constituição Federal enquanto conjunto de leis que regulamenta os direitos e deveres do cidadão abrange, também, os indivíduos que ingressam no sistema prisional. Para esta parcela da população, devem-se proporcionar condições para que haja inserção social dentro dos presídios, visando à transformação da identidade destes apenados. A educação, quando fomentada de forma eficaz e eficiente, oportuniza o recluso a se preparar para a vida que o espera quando alcançar sua liberdade. A educação, enquanto elemento educativo tem a capacidade de reaproximar o preso da sociedade e da sua família.

Educar o indivíduo é promover seu desenvolvimento enquanto ser humano, visando um processo de humanização, preparando-o para viver no meio social. A Língua Estrangeira propicia este processo na medida em que abre espaço para a diversidade, o contato com o diferente e as formas como estas particularidades se fazem presentes na sociedade. Ao nos depararmos com o diferente, repensamos nossa própria identidade e revemos nosso papel enquanto cidadãos.

A educação é o caminho que permeia este processo de reconstrução, permitindo um novo entendimento sobre a sociedade, convivendo com os diferentes padrões e seguindo as regras regidas pela lei. Este encontro com a diversidade é promovido por espaços que ressaltam os princípios de cidadania.A educação e o ensino de Inglês enquanto Língua Estrangeira no presídio é um desafio, tendo em vista a história de vida de cada detento, sua origem, formação cultural, condição física e psicológica, enfim, são muitos os entraves que contribuem para a não aprendizagem, fato que deve ser trabalhado de maneira mais impositiva diante da importância da formação acadêmica para o indivíduo na sociedade, defendendo assim, a formação, incentivo e permanência dos alunos nas escolas nos presídios.

Como resultados da pesquisa bibliográfica realizada, compreendeu-se que a educação na prisão favorece ao detento a oportunidade de desenvolver sua potencialidade intelectual, fortalecer sua autoestima e assegurar seu direito como cidadão. Isso porque ocorre um processo de valorização da pessoa sob o aspecto humanizador: a pessoa reclusa passa a verificar a existência de possibilidades para um futuro melhor. A educação abre caminhos para a aquisição de novos conhecimentos e o aprimoramento de ofícios para o mercado de trabalho.

Assim, a aula de Língua Estrangeira é um destes espaços, em que há o encontro com a diversidade e que se constitui como um meio de oportunizar a socialização oferecendo ao detento a construção de sua identidade para, assim, resgatar a autoestima perdida, reintegrando-o à sociedade. Acredita-se assim, que através do respeito à diversidade, ao combate à exclusão social e a busca de uma sociedade justa e igualitária será possível construir uma sociedade harmônica e transparente, reconhecendo em cada cidadão seus limites e possibilidades.

REFERÊNCIAS

UNILASALLE CANOAS-RS

BITENCOURT, Cezar R. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. 3. ed. Rio de Janeiro: Moderna, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____.Lei n.º 7.210, de 11 de Julho de 1984. Código de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.Lei de execução penal - lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/leis/arquivo13.html> Acesso em 20 jan 2011.

_____ Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

_____ Lei nº 13.005 Plano Nacional de Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

_____. Referencial Curricular Lições do Rio Grande, 2009.

CAMARGO, Virgínia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 33, 30/09/2006. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&a> Acesso em 29/01/2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Editora Saraiva, 22.ed., São Paulo, 2015.

COSTA, Karina. Estudo deve diminuir pena em presídios.Disponível em:http://aprendiz.uol.com.br/content/thogesticl.mmp. Acesso em 20 mar 2016.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo:Paz e Terra, 1996.

_____. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>. Acesso em: 29 jan. 2011.

MISCIASCI, Elizabeth. Como surgiram os cárceres. Revista Zap. Disponivel em: <http://www.eunanet.net/beth/revistazap/topicos/inicioprisoes1.htm> Acesso em: 29 jan 2011.

PICKERING, Viviane Leal. Manifestações de violência e sofrimento psíquico na prisão: fragmentos dos discursos do sujeitocumprindo pena privativa de liberdade. Porto Alegre, 2006. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito PUCRS. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2007-03-05T121451Z-389/Publico/387494.pdf> Acesso em 29 de jan 2011.

PORTAL, Brasil publicado: 12/04/2012 18h47 última modificação: 28/07/2014 16h23. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/lei-preve-reducao-de-pena-para-os-presos-que-estudam>

SANTIAGO, Glaydson Alves da Silva. Política Educativa e sistema penitenciário: repercussão na reintegração social dos detentos In: RICHARDSON, Roberto Jarry (Org). Exclusão, inclusão e diversidade. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2009.

SEDREZ, Marília. A Privatização das penitenciárias. Monografia submetida a universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – 2008. Disponivel em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Marilize%20Sedrez.pdf> Acesso em: 20 jan 2011.

SCHLATTER, Margarete; GARCEZ, Pedro de Moraes. Línguas adicionais na escola: aprendizagens colaborativas em inglês. Erechim: Edelbra, 2012..

UNILASALLE CANOAS-RS

EMBALAGENS SIMPLES DE CIGARRO: OS DESAFIOS IMPOSTOS AOS PAÍSES DA OMC NA PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE

Maria Cristina Gomes da Silva d' Ornellas[1]

RESUMO: O tabagismo está entre as grandes preocupações mundiais. Em 2005, então, a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) passou a vigorar e, atualmente, 180 países já a ratificaram. Tal Convenção sugere aos seus países contratantes a adoção da padronização nas embalagens de cigarros e dos demais derivados do tabaco. Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o Painel *Australia – Plain Packaging Cigarettes*, estabelecido no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) para questionar a lei australiana que determinou que os cigarros deveriam ser vendidos em embalagens simples – livres de cores, imagens, logotipos corporativos, em suma, de partes relevantes da identidade visual de sua marca. A Ucrânia foi o primeiro país a questionar na OMC a legislação antitabaco australiana, mas requereu a suspensão do Painel em maio de 2015. Entretanto, os pontos sobre o direito marcário levantados pela Ucrânia permanecem questionados nos painéis também estabelecidos contra a Austrália, por Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia. Neste sentido, o artigo também busca perquirir sobre a influência das decisões alcançadas na OMC nos demais membros da Organização que, já adoram ou planejam adotar legislações semelhantes na busca da proteção do direito humano à saúde. Conclui, então, que há a possibilidade da Austrália ter sucesso na apresentação das decisões aos Painéis referidos no artigo, sendo justificada a eventual restrição ao direito marcário em favor da proteção do direito humano à saúde. Para tanto, o artigo segue como método de abordagem o dedutivo e de procedimento, o método monográfico. Dentre as técnicas utilizadas está a análise de doutrina nacional e estrangeira, instrumentos legais internacionais – sobretudo Acordo TRIPS e CQCT - e legislações e/ou regulamentações nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito humano à saúde. Embalagem simples de cigarros. Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Direito Marcário.

UNILASALLE
CANOAS-RS

1 INTRODUÇÃO

A adoção de políticas públicas voltadas para o controle do uso do tabaco e seus derivados são, especialmente importantes, na medida em que o tabagismo está identificado entre as maiores causas mundiais de mortalidade prematura.(CRISTINA, ALVES E PERELMAN, 2016) Trata-se de uma doença crônica não-transmissível (DCNT), presente na 10ª versão do Código Internacional de Doenças – CID(10) da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Foi diante desta realidade que atribui ao fumo doenças como as causadas ao sistema respiratório, câncer ou problemas gastrointestinais, que houve a negociação e adoção da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), no âmbito da OMS em 27 de fevereiro de 2005. Atualmente, 180 países já ratificaram a CQCT (OMS, 2016), no intento de "proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco". (CQCT, 2005, art. 3º)

Entretanto, qualquer medida de política pública adotada para o controle do tabagismo encontra pontos que a conecta a questões relativas a políticas econômicas, especialmente aquelas ligadas ao comércio internacional. Exemplo disso é a legislação australiana – *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, que determinou que até 1º de julho de 2012 todos os cigarros deveriam ser vendidos em embalagens simples, livres de cores, imagens, logotipos corporativos, em suma, de partes relevantes

1 Doutora em Direito – UFRGS. Centro Universitário do Ritter dos Reis. Curso de Direito e Programa de Pós-Graduação em Direito.maria_dornellas@uniritter.edu.br

da identidade visual de sua própria marca. Ademais, os nomes das marcas dos cigarros também deveriam ser padronizados, através da utilização de uma mesma fonte, tamanho e cor, sem deixar de referir a obrigatoriedade de avisos que contenham informações sobre os riscos que o consumo do produto impõe à saúde das pessoas.

Assim, em 2012 foi estabelecido pela Ucrânia, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Painel intitulado *Ukraine vs Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, para questionar as medidas da Austrália aplicáveis aos produtos do tabaco. Posteriormente, outros países - Honduras, República Dominicana (2012), Cuba e Indonésia (2013), também apresentaram as suas queixas à legislação antitabaco adotada pela Austrália. As reivindicações envolveram várias obrigações decorrentes de diferentes acordos da OMC[2]. Entretanto, este estudo estará restrito aos questionamentos relativos ao direito marcário previsto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).

Em maio de 2015, a Ucrânia requereu a sua suspensão do Painel *Ukraine vs Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, tal como o previsto pelo artigo 12.12 do Entendimento sobre as Regras e Procedimentos do Mecanismo de Solução de Controvérsias (DSU). A Austrália apoiou o pedido da Ucrânia, sobretudo, porque a suspensão foi requerida " com vista a encontrar uma solução mutuamente acordada". Entretanto, muitos dos pontos que foram levantados no referido Painel permaneceram nos painéis estabelecidos por Honduras (DS435), República Dominicana (DS441), Cuba (DS458) e Indonésia (DS467).

Se por um lado há os compromissos assumidos pela Austrália na esfera do SMC, por outro, há as diretrizes estabelecidas pela CQCT. A implementação desta política pública de controle ao tabaco está totalmente inserida entre as ações previstas pela Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Na verdade, a CQCT sugere aos seus países contratantes a adoção da padronização nas embalagens de cigarros e dos demais derivados do tabaco. Entre os principais questionamentos apresentados no âmbito do mecanismo de soluções de controvérsia da OMC, então, estão os que analisam se a legislação australiana é excessivamente restritiva e/ou necessária para alcançar os objetivos que trata de buscar - "desencorajar o uso de produtos do tabaco, e para propósitos relacionados". (AUSTRALIA, TPP Act, 2011)

É fato que as restrições, traduzidas através da impossibilidade da indústria tabagista continuar a utilizar as suas marcas dos produtos de tabaco tal como foram originalmente registradas, tornaram todas as embalagens de cigarros muito semelhantes. Isto diminuiu a capacidade distintiva destes produtos entre concorrentes. Porém, o que neste momento deve ser posto é: tal restrição ao direito marcário, ainda que questionado no âmbito do negociado pelo Acordo TRIPS, não encontraria a sua justificativa na proteção do direito humano à saúde?

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o Painel *Australia – Plain Packaging Cigarettes*, estabelecido no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) para questionar a lei australiana que determinou que os cigarros deveriam ser vendidos em embalagens simples – livres de cores, imagens, logotipos corporativos, em suma, de partes relevantes da identidade visual de sua marca. Neste sentido, o artigo também busca perquirir sobre a influência das decisões alcançadas na OMC nos demais membros da Organização que, já adoram ou planejam adotar legislações semelhantes na busca da proteção do direito humano à saúde.

2 REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O CONSUMO DO TABACO E SEUS DERIVADOS E A PUBLICIDADE PRESENTE NAS EMBALAGENS DE CIGARROS

A indústria tabagista afirma que o interesse em manter o direito a ampla exploração de suas marcas nos maços de cigarros não está associado ao desejo de atrair novos fumantes, mas de manter a fidelidade daqueles que já são consumidores. (FREEMAN, CHAPMAN e RIMMER, 2008, p. 581) Entretanto, representantes deste mesmo setor admitem que é muito difícil para uma pessoa distinguir uma marca de cigarros da outra quando submetidos ao "teste cego". (BAT, 1978) Neste mesmo sentido, há estudos que apontam que 50% dos fumantes não conseguem perceber qualquer distinção entre marcas quando expostos a este mesmo tipo de teste. (GERMAIN, 2010, p. 385)

No ano de 2015, valor estimado da marca Marlboro alcançou a cifra de US$ 21.9 bilhões (FORBES, 2015), mesmo diante das medidas já adotadas por diferentes países voltadas para a proibição da publicidade e promoção do tabaco. Assim, não é difícil perceber que a embalagem dos maços de cigarros é um elemento imprescindível para atrair potencias consumidores e/ou manter os já existentes. Ocorre que, diante de restrições que incluem a proibição de propagandas de cigarros na TV e nos demais veículos de comunicação em massa – tais como, revistas, jornais, outdoors e rádios – e do patrocínio de eventos culturais e esportivos, as embalagens dos maços de cigarros se tornaram o principal veículo de promoção para a indústria do tabaco.

Assim, é claro que políticas públicas como a *Plain Packaging Act 2011* - adotada pela Austrália - preocupam a indústria tabagista. Esta exigiu a remoção de elementos relevantes da identidade visual de marcas de cigarros exploradas pela indústria do setor, tais como cores, imagens e logotipos. As únicas imagens agora permitidas nos maços de cigarros são as associadas aos riscos que o consumo do produto impõe à saúde das pessoas, impressas em um fundo de uma única cor e com nome da marca em uma fonte padronizada. Entretanto, a intenção que preconiza a implementação de tais medidas é, justamente, inviabilizar aos fabricantes de cigarros a utilização de embalagens como veículos de propaganda de seus produtos, buscando incentivar aos fumantes que deixem de fumar e desencorajar os jovens que iniciem a fumar.

Entre as pesquisas que indicam evidências sobre o fato das embalagens simples de cigarros reduzirem o apelo fumar, Moodie *et al* identificam aquelas que afirmam que cores e logotipos distraem os consumidores e, assim, a falta destes faz com que os fumantes prestem mais atenção às advertências de saúde presentes nos maços de cigarros. (2012, pp. 2-3) Nesta mesma linha, há as constatações sobre as informações transmitidas através de embalagens que foram alcançadas com observações, por exemplo, que indicam que as pessoas tendem a imaginar que os cigarros de determinadas marcas, comercializados em embalagens claras e/ou com detalhes em dourado, são mais suaves e/ou menos prejudiciais do que aqueles vendidos em pacotes vermelhos ou de cores mais escuras, visto que estes últimos, normalmente, são utilizados por cigarros percebidos como fortes e/ou mais nocivos à saúde. (MOODIE *et al*, 2012, pp. 58-70)

Esta preocupação sobre a influência da publicidade em embalagens de cigarros se agrava na adolescência, visto que este é o período da vida em que as pessoas passam por uma fase de grandes mudanças que, normalmente, incluem a suscetibilidade a comportamentos que buscam novas experiências, ainda que estas envolvam a exposição a algum tipo de risco. Não por acaso, há estudos que apontam "uma elevada prevalência de iniciação do consumo de tabaco em idades mais jovens". (CRISTINA, ALVES E PERELMAN, 2016, p. 74)

Assim, é inserido dentre deste contexto que busca a. o aumento da efetividade das advertências à saúde; b. a redução da percepção de que há cigarros que que são menos lesivos do que outros e; c. a redução do apelo publicitário das marcas, sobretudo entre jovens (HAMMOND *et al,* 2009), que a questão de legislações que tratam e implementar a obrigatoriedade na adoção de embalagens simples para cigarros e demais derivados de tabaco se torna tão relevante e debatida.

Afinal, ainda que fosse possível aceitar colocações que assumem que o comportamento das pessoas pode ser explicado por decisões tomadas racionalmente, a simples observação do relatado por

muitos fumantes sobre a sua postura diante do hábito de fumar pode gerar uma série de reflexões. Na verdade, o que parece certo é que a decisão de fumar e/ou se tornar um fumante pode ir muito além de um gesto de vontade. Caso contrário, não haveria como explicar a razão para uma parcela tão significativa da população mundial – já consciente dos malefícios do cigarro – escolher participar e se manter num grupo que adota a prática do consumo de um produto que, invariavelmente, provoca algum tipo de problema de saúde. Além disso, em discussões que envolvem medidas para o controle do tabaco não se pode deixar de lado o fato do tabagismo também atingir os fumantes passivos e, sobretudo, superonerar a sociedade através do custeio dos sistemas públicos de saúde.

3 ACORDO (TRIPS) E CONVENÇÃO-QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO (CQCT): A OBSERVÂNCIA DE NORMAS QUE CORRELACIONAM COMÉRCIO E SAÚDE

Com o surgimento da OMC, em 1995, o sistema multilateral de comércio (SMC) expandiu o seu âmbito de regulamentação também para a área da propriedade intelectual. Houve, ainda, o fortalecimento do seu mecanismo de solução de controvérsias, que tratou de possibilitar a aplicação de sanções para os membros da organização que adotassem medidas entendidas como incompatíveis com o negociado multilateralmente.

A legislação australiana tratou de impor uma série de limitações à apresentação de marcas registradas, nos maços de cigarros comercializados em seu país. Contudo, a decisão da Austrália em levar adiante as medidas adotadas através do *Plain Packaging Act 2011* encontra respaldo nas recomendações descritas pela CQCT. Na verdade, a legislação que impõe a adoção de embalagens simples para cigarros está, sobretudo, baseada no previsto pelos artigos 11 e 13 do CQCT. Os objetivos expostos para a adoção de tal legislação incluem: a. desencorajar o início da prática de fumar e/ou da utilização de produtos derivados do tabaco, b. estimular os fumantes e/ou aqueles que já utilizam outros produtos derivados do tabaco, abandonem tal práticas, c. prevenir as recaídas daquelas pessoas que já pararam de fumar ou que deixaram de utilizar produtos derivados do tabaco e, de reduzir a exposição das pessoas à fumaça do cigarro e demais produtos do tabaco. (AUSTRALIA, TPP ACT, 2011) Nesse sentido, a adoção de medidas desenvolvidas para conter o apelo e as estratégias publicitárias adotadas pela indústria tabagista, podem ter o condão de reduzir a atratividade do cigarro (e do demais derivados do tabaco), sobretudo, para os consumidores jovens; aumentar a clareza dos riscos que o consumo do cigarro traz para a saúde das pessoas e, assim, intensificar a eficácia das advertências de saúde obrigatórias e; minimizar as chances as chances embalagens de cigarros enganarem os consumidores sobre os efeitos nocivos do tabagismo ou o uso de produtos do tabaco. (AUSTRALIA, TPP ACT, 2011)

De qualquer forma, para aqueles que são contra a adoção de tais medidas, antes do previsto pela CQCT estão as provisões negociadas para o Acordo TRIPS, sobre a proteção do direito marcário. Portanto, não surpreende que entre os principais pontos discutidos sobre o caso, no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, estejam os que questionam se as medidas antitabaco da Austrália são excessivamente restritivas e, se há, efetivamente, evidencias científicas que comprovem que a adoção de embalagens simples para cigarros contribui para a redução do consumo do tabaco.

O Acordo TRIPS em seu artigo 15.1 afirma que "[q]ualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Este mesmo artigo também refere que tanto palavras (nomes, combinações de letras, etc.) quanto números, elementos figurativos ou, até mesmo, cores podem ser registradas como marcas. Tal como previsto no próprio Acordo TRIPS, a Convenção União de Paris (CUP) também deve ser considerada em questões relativas à proteção da propriedade industrial. (WTO, TRIPS, 1995,

art. 2.2) Contudo, no que tange ao direito marcário esta não define marcas mas, somente, afirma que são os seus países signatários os que deverão definir as condições que serão observadas em suas legislações internas ou nacionais, para que sinais distintivos possam ser registrados como marcas. (CUP, 1967, art. 6(b))

Na doutrina, as marcas são, normalmente, classificadas quanto à sua apresentação em: nominativas, figurativas, mistas e tridimensionais. Há, no entanto, a possibilidade de imaginar a proteção de marcas que nem sempre são visualmente perceptíveis, por serem táteis, olfativas ou sonoras, por exemplo. As marcas nominativas são aquelas formadas por letras latinas e/ou algarismos arábicos ou romanos, cuja combinação pode formar uma ou mais palavras que já estejam ou não incluídas no vernáculo. (BARBOSA, 2008, p. 23) As figurativas são as compostas por desenhos ou combinações de figuras, símbolos gráficos, emblemas, ideogramas, etc. As marcas mistas apresentam a combinação de elementos de marcas nominativas e figurativas, podendo também, serem a escrita estilizada de uma determinada palavra ou palavras. (BARBOSA, 2008, p. 23) Por fim, as marcas tridimensionais são aquelas caracterizadas pela forma de um produto (ou sua embalagem) se capaz de distingui-lo de outros produtos semelhantes.

Entretanto, é importante compreender que nem todo sinal acima descrito deverá, obrigatoriamente, ser registrado como marca. A Acordo TRIPS em seu artigo 15.2 permite que os estados membros da OMC, por exemplo, não registrem como marcas expressões que entenderem como ofensivas, contrárias à moral ou aos bons costumes.

Porém, o artigo 15.4 refere que "[a] natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro."É, justamente este último artigo referido que, tanto Honduras quanto República Dominicana, Cuba e Indonésia afirmam estar sendo violado pela legislação antitabaco da Austrália. Conforme o que vem sendo afirmado por estes países, o entendimento australiano de que *o Plain Packaging Act 2011* não impossibilita o registro das marcas e decorrência da natureza dos bens ou serviços, mas restringe o seu uso, está incorreto. (Cf. DOMINICAN REPUBLIC, 2016, parag.8)

Além disso, há as reclamações apresentadas quanto à inobservância do previsto pelo artigo 16. 1 do TRIPS:

> O titular de marca registrada gozará de direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais. sinais idênticos. ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão. No caso de utilização de um sinal idêntico para bens e serviços idênticos presumir-se-á uma possibilidade de confusão. Os direitos descritos acima não prejudicarão quaisquer direitos prévios existentes, nem afetarão a possibilidade dos Membros reconhecerem direitos baseados no uso.

Sobre este artigo, contudo, é possível traçar o seguinte comentário: " o direito de marca não oferece aos seus titulares um direito positivo de, realmente, permitir a utilização da expressão protegida como marca, mas apenas a *ius excludendi alios*: i.e. o direito negativo de impedir que terceiros utilizem a expressão protegida em questão." (tradução livre) (ALEMANNO e BONADIO, 2011, P. 462)

O artigo 20 do TRIPS prevê que:

> O uso comercial de uma marca não será injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais, tais como o uso com outra marca, o uso em uma forma especial ou o uso em detrimento de sua capacidade de distinguir os bens e serviços de uma empresa daqueles de outra empresa. Esta disposição não impedirá uma exigência de que uma marca que identifique a empresa produtora de bens e serviços seja usada

> juntamente, mas não vinculadamente, com a marca que distinga os bens e serviços específicos em questão daquela empresa.

Não surpreende que a interpretação da expressão "injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais" seja complexa e controversa. Quando Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia alegam que o previsto no *Plain Packaging Act 2011* desatende o compromisso firmado pela Austrália diante do TRIPS, remete à constatação de que o objetivo deste artigo foi impedir que a imposição de"exigências especiais" pelos membros da OMC tornassem excessivamente difícil o uso de uma marca em seu curso comercial. (ALEMANNO e BONADIO, 2011, P. 463) No entanto, a possibilidade de compreender as regras sobre as embalagens simples de cigarros adotadas pela Austrália como "injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais"não é a única. Por um lado, se admite que a substituição das embalagens convencionais de cigarros pelas embalagens simples pode atacar a função da distintividade de uma marca. Embora o uso da marca em sua versão, puramente, nominativa não seja atingida pela medida australiana, a capacidade distintiva do nome das marcas de cigarros encontra uma relevante limitação quando confrontada com a proibição de ser combinada com qualquer representação gráfica que não uma fonte específica, que também obedece a um padrão de cor, tamanho e localização no maço de cigarros.

Entretanto, quanto estes tipos de argumentos são construídos para a interpretação do artigo 20 do TRIPS, parecem ignorar que este mesmo Acordo conta com flexibilidades para a implementação daquilo que prevê em seus dispositivos. O artigo 8.1 do TRIPS dispõe, expressamente, que "[o]s Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas [...]". Então, a legislação da Austrália poderá ser interpretada como "justificável" se considerado que ela foi adotada para reduzir a prática do tabagismo e, assim, proteger o direito humano à saúde de seus cidadãos. Ademais, tal como foi observado por Alemanno e Bonadio, muitas outras medidas que implementam restrições à publicidade de cigarros e demais derivados de tabaco foram adotadas por diferentes países – naturalmente, dentro de suas políticas públicas voltadas para a proteção do direito à saúde – sem ensejar qualquer discussão sobre a sua compatibilidade com o previsto pelo Acordo TRIPS. (2011, p. 465)

No caso do Brasil, por exemplo, há muitas limitações que já foram impostas à publicidade associada ao tabaco através de legislações ou regulamentações nacionais. Neste sentido, a publicidade de produtos derivados do tabaco está proibida no país em revistas, jornais, televisão, rádio e outdoors, ainda que difundidas por meio eletrônico (inclusive Internet). Ademais, há a proibição das marcas de produtos do Tabaco patrocinarem eventos desportivos – i.e. Lei n. 10.167 (27 de dezembro de 2000).

Ainda na esfera das negociações levadas adiante na OMC, a própria Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública – Declaração de Doha (OMC, 2001), também deve ser considerada da interpretação do previsto no artigo 20 do Acordo TRIPS. Ocorre que a Declaração prevê que os estados membros da OMC reconhecem que ao aplicar as regras de interpretação costumeiras de direito público internacional, cada provisão do Acordo TRIPS deve ser lida à luz do objetivo e propósito do acordo como expressado, em particular, em seus objetivos e princípios contidos nos artigo 7 e 8. (OMC, 2001, parág. 5.1)

Tal como ocorre com a legislação australiana aqui referida e questionada na OMC, a lei brasileira e as demais semelhantes adotadas em outros países, também foram adotadas em conformidade com o previsto pela CQCT. Na verdade, a implementação progressiva do previsto na convenção de controle ao tabaco é o que deve ser esperado para a proteção da saúde. Atualmente, o Brasil conta com um Projeto de Lei na Câmara do Deputados – PL n. 8303, 2014 e outro no Senado Federal – PLS n. 769, 2015 que tratam de buscar estabelecer um padrão gráfico único das embalagens de produtos do tabaco. É interessante perceber que o Brasil se encontra em uma posição peculiar, diante de tantos interesses conflitantes que se apresentam sobre a implementação de legislações que

impõem a adoção de embalagens simples para cigarros. Por um lado, o Brasil figura como terceiro interessado, em todos os Painéis estabelecidos para questionar a postura adotada pela Austrália diante dos compromissos que assumiu quando ratificou a CQCT. Neste mesmo sentido, não deixou de se manifestar nos fóruns de discussão articulados no âmbito da OMC, favoravelmente, sobre a iniciativa australiana. (DROPE e LENCUCHA, 2014, p. 616) Por outro lado, o Brasil figura como primeiro exportador mundial de tabaco e terceiro produtor mundial de tabaco. (PORTAL DO TABACO, 2016)

É claro que a possibilidade de tensão entre comércio e saúde pública existe. Porém, diante um número estimado de seis milhões de pessoas que morrem a cada ano em decorrência do cigarro e demais derivados do tabaco (WHO, 2011), não é possível priorizar a proteção da saúde em detrimento de questões comerciais? Aliás, o direito à saúde é parte de importantes documentos internacionais há muito tempo e está previsto nos principais tratados internacionais de Direitos Humanos. Tanto a Declaração Universal do Direitos Humanos (DUDH) – artigo 25 – quanto o Pacto Internacional sobre o Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – artigo 12 - exige dos Estados reconhecer o direito de todos em dispor do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Além disso, é necessário ter presente que a adoção de uma norma internacional deve compreender expectativas de um comportamento padrão de atores internacionais chave, que incluem mas não estão, necessariamente, limitados aos Estados (FINNEMORE E SIKKINK ,1998 *apud* DROPE e LENCUCHA, 2014, p. 596). Entretanto, mesmo com a adoção de políticas de controle ao tabaco baseadas em preocupações que se firmam na proteção da saúde pública, muitos países continuam a lutar com os custos impostos pelo consumo de produtos do tabaco tanto em termos financeiros quanto humanos.

4 CONCLUSÃO

Independentemente da iniciativa ucraniana de requerer a suspensão do painel que estabeleceu em 2012, a legislação antitabaco adotada pela Austrália será analisada no mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Afinal, os pontos sobre o direito marcário, inicialmente, questionados pela Ucrânia permaneceram nos painéis estabelecidos por Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia. Nesse sentido, o desfecho do caso *Australia -Plain Packaging Cigarettes* é esperado para o ano de 2016 e significará um divisor de águas na busca do alinhamento de posições, normalmente dicotômicas, sobre a preservação de interesses comerciais e a proteção do direito à saúde.

Há a possibilidade da Austrália ter sucesso na apresentação das decisões aos Painéis referidos no artigo, sendo justificada a eventual restrição ao direito marcário em favor da proteção do direito humano à saúde - que poderá ter como base tanto a interpretação contextual do TRIPS à luz de seus objetivos e propósitos quanto as diretrizes estabelecidas para o controle no tabaco previstas na CQCT. Desta forma, países que assumiram compromissos em ambos âmbitos internacionais – comércio e saúde pública – poderão implementar políticas públicas que priorizem a proteção da saúde de suas populações em detrimento de interesses essencialmente comerciais, sem a preocupação de serem questionado diante do mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

Nesse sentido, a demora em uma decisão para os painéis estabelecidos na OMC pode trazer vantagens. Esta poderia prover o tempo necessário para que maiores evidencias sobre os efeitos positivos da implementação da legislação australiana fossem produzidas. Assim, interesses associados ao comércio e à saúde poderiam ter os seus argumentos alinhados e, também as diretrizes da CQCT contariam com efetiva legitimidade e justificariam a adoção pelos membros da OMC – partes contratantes tanto do TRIPS quanto da CQCT – de legislações semelhantes à adotada pela Austrália e que, por enquanto ainda são desafiadas, apesar de buscarem a proteção do Direito Humano à saúde.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA. Tobacco Plain Packaging Act 2011. No. 148, 2011. An Act to discourage the use of tobacco products, and for related purposes. Disponível em https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00148 Acesso em 10 de março de 2016.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 177. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf. Acesso em 10 de março de 2016.

BARBOSA, Denis Borges, Proteção das Marcas – Uma Perspectiva Semiológica, Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Lei n. 10.167 de 27 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm Acesso em 12 de abril de 2016.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial [Internet]. Brasília, DF; 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

BAT. British American Tobacco The vanishing media. British American Tobacco; 1978: 500062147/2159.

CRISTINA, A, ALVES, Joana e PERELMAN, Julian. Desigualdades socioencómicas no tabagismo em jovens dos 15 aos 17 anos. Revista Portuguesa de Saúde Publica, October 2015, pp.

DROPE, Jefffrey e LENCUCHA, Raphael. Evolving Norms at the Intersection of Health and Trade. Journal of Health Politica, Policy and Law Advance Publication, 2014. pp. 591-631.

FINNEMORE, Martha e SIKKINK, Kathryn. 'International Norm Dynamics and Political Change. International Organization, vol. 52, no. 4, 1998, pp.887–917.

FORBES, The World's most valuable Brands. 2015. Disponível em http://www.forbes.com/companies/marlboro/ Acesso em 10 de maio de 2016.

FRANKEL, Susy; GERVAIS, Daniel. Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement. Vanderbilt Journal of Transnational Law, v. 46, n. 5, november 2013. p. 1201-1287.

FREEMAN, Becky et al., The Case for Plain Packaging of Tobacco Products, v. 103, Journal Society for the Study of Addiction, 2008. p. 576-597.

GERMAIN, Daniella et al., Adolescents' Perceptions of Cigarette Brand Image: Does Plain Packaging Make a Difference?, v. 46(4) Journal of Adolescent Health, 2010. p. 381-397.

HAMMOND D, PARKINSON C, The impact of cigarette package design on perceptions of risk. Journal of Public Health, 2009. p. 345-353.

MITCHELL, Andrew D., Australia's move to the plain packaging of cigarettes and its WTO compatibility, vol 5, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 2010. p. 402-437.
OCDE. FAO. Perspectivas Agrícolas no Brasil: desafios da agricultura brasileira 2014-2015. 2015. Disponível em https://www.fao.org.br/download/PA20142015CB.pdf Acesso em 12 de maio de 2016.

PORTAL DO TABACO. Tabaco Brasileiro vai para 97 países. 2016, Disponível em http://portaldotabaco.com.br/tabaco-brasileiro-vai-para-97-paises/ Acesso em 12 de maio de 2016.

WHO. World Health Organization, 'Tobacco'. Fact Sheet No 339, July 2011. Disponível em: <http://www.who.int/mediacenter/factscheets/fs339/en/index.html>Acesso em 10 de março de 2016.

WHO, World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control, *Elaboration of Guidelines for Implementation of Article 11 of the Convention*, FCTC/COP/3/7, 21 August 2008. Disponível em <http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11.pdf> Acesso em 17 fev 2016.

WTO. World Trade Organization. Dispute Settlement Body. Request for the Establishment of a Panel by Ukraine, Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS434/11, 17 August 2012.

WTO. World Trade Organization. Ministerial Conference. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001.

UNILASALLE
CANOAS-RS

A TEORIA DO FATO INDÍGENA E SUA REPERCUSSÃO NA TUTELA DOS DIREITO À TERRA E À DIFERENÇA DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS DO BRASIL

Brunna Grasiella Matias Silveira[1]

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, ao formular a teoria do fato indígena a fim de regulamentar a demarcação das terras indígenas, estabeleceu, além do critério da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, qual seja, 05 de outubro de 1988, ressalvadas as situações de renitente esbulho devidamente comprovadas. A pesquisa tem o propósito de analisar a repercussão da teoria do fato indígena na efetividade dos direitos à terra e à diferença das populações indígenas do Brasil, com base nas decisões recentes do STF. Inicialmente aborda-se a configuração dos direitos indígenas à luz da CF/1988. Em seguida, expõe-se a teoria do fato indígena, desde a sua elaboração no caso Raposa Serra do Sol até os seus contornos mais atuais. Em seguida, apresenta-se a aplicação dessa teoria e analisa-se a sua repercussão. A pesquisa empreendida será de natureza qualitativa e do tipo bibliográfica e documental – consulta a livros, artigos, teses, dissertações, periódicos, jurisprudências, entre outras obras da literatura jurídica e não jurídica. Constatou-se que, na prática, o fato indígena tem obstaculizado a efetividade do direito à terra e, por conseguinte, do direito à diferença, pois não há como preservar a identidade sem garantir a terra. Por fim, conclui-se ser a teoria do fato indígena inconstitucional, visto que ela não está prevista nem implícita nem expressamente na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Terra; Identidade; Fato Indígena; Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal formulou a teoria do fato indígena a fim de regulamentar a demarcação das terras indígenas, estabelecendo, além do critério da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), qual seja, 05 de outubro de 1988.

No presente trabalho busca-se analisar a repercussão da teoria do fato indígena na efetividade dos direitos à terra e à diferença das populações indígenas do Brasil, com base nas decisões recentes do STF.

Para tanto, inicialmente aborda-se a configuração dos direitos indígenas à luz da CF/1988. Em seguida, expõe-se a teoria do fato indígena, desde a sua elaboração no caso Raposa Serra do Sol até os seus contornos mais atuais.

Por fim, conclui-se buscando apontar a repercussão da teoria estudada na efetivação dos direitos à terra e à diferença, bem como a conformidade da teoria do fato indígena com a CF/1988.

A pesquisa empreendida será de natureza qualitativa e do tipo bibliográfica e documental – consulta a livros, artigos, teses, dissertações, periódicos, jurisprudências, entre outras obras da literatura jurídica e não jurídica.

2 OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONTEMPORANEIDADE: DESMISTIFICANDO (PRÉ-) CONCEITOS E RECONHECENDO A DIFERENÇA

A legislação indigenista brasileira até o advento da CF/1988 dispensava ao índio tratamento marcado pela inferiorização de sua identidade. A própria palavra "índio", empregada desde o

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, área de concentração Ordem Jurídica Constitucional; *brunnagrasiella@hotmail.com*.

"descobrimento" do nosso país para designar indistintamente os nativos das várias etnias que aqui viviam, revelava a indiferença em relação a estes indivíduos.

De fato, desde os tempos da colonização, as normas pertinentes ao tema revezavam-se no embasamento de políticas estatais integracionistas ou assimilacionistas, assim entendidas as diretrizes oficiais cujo objetivo primordial consistia na dispersão de um universo cultural em outro considerado superior, não existindo, portanto, interações entre ambos, mas a supervalorização de um em detrimento do outro. Por conseguinte, à luz de tais políticas, o índio era visto como indivíduo em caráter transitório, o qual, através da convivência com a civilização, abandonaria seus costumes selvagens, bárbaros. E mais: mesmo em face da heterogeneidade cultural indígena, as políticas indigenistas não eram dotadas de flexibilidade para lidar com as especificidades das diversas etnias.

Evidentemente, a postura adotada pelo Estado em relação aos povos indígenas não se resume à questão cultural da predominância de uma visão etnocêntrica herdada do colonizador europeu, mas, sobretudo, revela a necessidade sentida pelas autoridades governamentais, ao longo de nossa História, de exercer um firme controle repressivo sobre esses grupos, os quais, dotados de características peculiares destoantes do modelo de regulação da vida social imposto ao restante da população, constituíam uma ameaça à exploração das terras, dos recursos e da própria mão-de-obra indígena.

A Carta Política de 1988 representa um marco importante na mudança da compreensão dos direitos desses povos, tendo em vista a renúncia ao caráter integracionista observado nos preceitos normativos de até então.

O início da década de 1970 foi o período a partir do qual ocorreu o fortalecimento do Movimento Indígena no cenário mundial, impulsionado pela Igreja Católica e pela articulação dos índios entre si, através de suas lideranças, formando organizações e associações próprias. Assim, a ascensão do Movimento Indígena pode ser entendida a partir da congregação de dois fatores: a atuação do Movimento Indigenista, notadamente – mas não exclusivamente - setores ligados à Igreja Católica e a iniciativa crescente dos índios em discutir seus interesses.

No Brasil, os reclames por uma alternativa ao indigenismo tradicional desencadearam a reformulação do Movimento Indigenista Nacional. Sílvio Coelho dos Santos destaca a reorganização da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), a qual, segundo o autor, permitiu o estabelecimento de bases para a atividade dos profissionais interessados nos direitos das sociedades indígenas, engajados na dita "Antropologia Comprometida" - postura adotada por profissionais da área correspondente à produção de conhecimento comprometida com "o uso do espaço público para a defesa das populações estudadas" (SILVA, 2003, p.9) - e a criação do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 1972, órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (SANTOS, 1989, p.35).

Essa mudança de postura da Igreja Católica em relação à causa indígena, evidenciada com a criação do CIMI, foi influenciada em grande parte pelas severas críticas recebidas em virtude dos inúmeros exemplos de práticas anti-indígenas em que aquela instituição esteve envolvida, mormente no que diz respeito à colonização do Brasil. O objetivo da Igreja com o CIMI foi promover a articulação das diversas etnias, apoiando a realização de reuniões e assembleias. Atualmente o CIMI constitui também importante centro de estudo na área, possuindo numerosa equipe de missionários e assessores trabalhando junto às comunidades (CIMI, 2016).

Além do estímulo da Igreja e da sociedade civil, o surgimento de articulações indígenas abrange o fato de os próprios índios perceberem o potencial da sua atuação conjunta, uma vez que havia confluência entre as reivindicações das comunidades em todo o país, possibilitando a formação de uma pauta em comum, de um projeto coletivo frente ao integracionismo desenfreado.

O Movimento Indígena organizado, assim entendido "o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e as organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses

coletivos" (LUCIANO, 2006, p.58), compõe-se, na realidade, de "movimentos indígenas", porquanto cada comunidade ou etnia possui sua maneira peculiar de mobilização.

Uma das primeiras organizações formais pan - indígenas, criada em 1980, foi a União das Nações Indígenas (LUCIANO, 2006, p.78). Hoje, existem inúmeras organizações indígenas em todo o Brasil, como Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME) e Coordenação das Organizações dos Povos Indígenas do Ceará (COPICE), apenas para citar algumas.

O ápice da efervescente trajetória vivenciada pelos Movimentos Indigenista e Indígena nas décadas de 70 e 80 veio com a derrocada do regime ditatorial e a mobilização em torno da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Ali se esboçava a oportunidade de inaugurar uma política sensível e atenta às necessidades dos povos indígenas, substitutiva ao integracionismo. Ademais, era o momento também de demonstrar que os índios estavam organizados e conscientes da função de protagonistas de suas próprias lutas.

Nesse contexto, o Movimento Indígena, apoiado por seus parceiros, atuou através de várias estratégias face aos interesses das classes dominantes da sociedade brasileira, bem como do capital internacional contrários às suas aspirações - os quais se faziam representar junto aos congressistas - como protestos, coleta de assinaturas para a apresentação de emenda popular propondo a criação de um capítulo específico para as populações indígenas e a apresentação de uma proposta de artigos referentes aos direitos dos índios à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Deficientes e Minorias (QUEIROZ, 2010, p.38-39).

Após intensas articulações e negociações entre Movimento e Congresso, o resultado foi a inserção, na Carta Magna, de um capítulo exclusivo sobre direitos indígenas, o qual, apesar de conter poucos dispositivos, informa preceitos importantes para a proteção da diversidade sociocultural indígena, além de outras normas ao longo do texto e nas disposições transitórias.

UNILASALLE CANOAS-RS

3 DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: O PARADIGMA DA INTERAÇÃO EM UMA SOCIEDADE PLURIÉTNICA E MULTICULTURAL

Anteriormente, apontou-se a CF/88 como um marco da compreensão dos direitos indígenas na atualidade, salientando o fato de o novel texto constitucional não mais tratar a questão indígena sob uma visão integracionista.

A CF/88 destaca-se por ser a primeira já promulgada em nosso país a destinar um capítulo específico aos índios, o Capítulo VIII, do Título VIII, Da Ordem Social. Reza o art.231, caput, da CF/88: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

Da redação do referido dispositivo constitucional extrai-se o cerne dos direitos indígenas na contemporaneidade: o reconhecimento da diferença enquanto fator a justificar a garantia de uma série de direitos específicos aos índios e da terra enquanto espaço vital para o exercício e preservação dessa diferença. Assim, a relevância atribuída à diferença na Constituição de 1988 inaugura o paradigma da interação, concebendo a sociedade brasileira como pluriétnica e multicultural, na qual todos os grupos devem ser respeitados (LEITÃO, 1993, p.228).

O direito à diferença corresponde a uma expressão do princípio constitucional da igualdade, significando dizer que aos índios deve ser assegurado o direito de viver de acordo com as suas especificidades socioculturais.

A questão da identidade indígena é tema complexo, havendo uma identidade política e uma identidade étnica (LUCIANO, 2006, p.40). A primeira refere-se à articulação de todas as etnias em prol da reivindicação de interesses comuns, que os anima, por exemplo, a formar o Movimento

Indígena. Já a segunda diz respeito às especificidades de cada etnia. Para fins de tutela constitucional, faz-se necessária a definição da identidade étnica, sendo atualmente mais aceito, do ponto de vista antropológico, o conceito obtido a partir da auto-identificação, o qual possui duas dimensões, uma individual e outra coletiva.

Pelo parâmetro da auto-identificação, considera-se índio quem se identifica como pertencente a uma comunidade indígena (dimensão individual) e é pela mesma reconhecido como membro (dimensão coletiva). Portanto, o índio e sua comunidade são indissociáveis, motivo pelo qual a CF/1988 garante direitos individuais e coletivos, assegurando-lhes, no art. 231, sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Ademais, o art. 232 legitima índios, comunidades e organizações indígenas para a defesa judicial de seus direitos e interesses - ou seja, mesmo o índio enquanto indivíduo pode postular direito coletivo da comunidade a que pertence-, impondo ao Ministério Público o dever de intervenção em todas as fases do processo.

No tocante à garantia da organização social, reconhece o legislador constituinte o direito à autodeterminação, entendido como a prerrogativa que cada comunidade indígena tem de viver de acordo com as normas derivadas do próprio grupo sobre as suas relações de família, propriedade, casamento, condutas antissociais, entre outros aspectos.

Os direitos originários remontam aos índios como primeiros senhores das terras, ou seja, os direitos dos índios sobre as terras são anteriores ao Direito oficial, o Estado apenas cuidou de reconhecê-los. O indigenato é comumente apontado como a fonte primária desses direitos, ou seja, a própria condição de ser índio e, por isso, os direitos originários seriam considerados direitos congênitos (TOURINHO NETO, 1993, p.40).

A terra é na verdade uma extensão da diferença, uma vez que é nela onde a comunidade se desenvolve, reproduz seus costumes, enfim, é o espaço vital para o exercício da identidade indígena, primordial à sobrevivência física e cultural dos índios. Explica Gersem dos Santos Luciano:

> Território é condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva. A terra é também um fator fundamental de resistência dos povos indígenas. É o tema que unifica, articula e mobiliza todos, as aldeias, os povos e as organizações indígenas, em torno de uma bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios (LUCIANO, 2006, p.101).

Do ponto de vista jurídico, a terra indígena configura uma categoria peculiar de bem público, na qual a propriedade cabe à União (art.20, XI) e a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, à coletividade indígena (art.231, §2º). Em virtude dessa natureza jurídica sui generis da terra indígena, o direito de posse indígena transfigura o domínio da União para uma espécie de propriedade vinculada ou reservada e, por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas imprescritíveis (SILVA, 1993, p.46).

A posse fundada no direito originário explica os §§ 3º, §5º e 6º, os quais, em suma, vedam o aproveitamento dos recursos das terras indígenas, a remoção dos índios de suas terras e a produção de efeitos jurídicos de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas ou a exploração de seus recursos, ressalvados os casos previstos na Constituição.

Por sua vez, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nelas compreendidas as habitadas em caráter permanente – nesse contexto o termo permanente não significa imemorialidade,

ocupação pretérita, mas "uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat" (SILVA,1993, p.50) - , as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e as necessárias à reprodução física e cultural, são aquelas utilizadas de acordo com seus usos, costumes e tradições. Explica José Afonso da Silva que:

> Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. [...] O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições (SILVA, 1993, p.47-48).

Além de reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, compete à União demarcá-las e fazer respeitar todos os seus bens. O processo administrativo de demarcação, regulado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, é realizado por equipe técnica especializada sob orientação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e tem por escopo delimitar a área indígena e também proteger a posse indígena de terceiros. A demarcação é ato meramente declaratório, pois, como visto, o que justifica a posse indígena é o direito originário.

4 A TEORIA DO FATO INDÍGENA FORMULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

UNILASALLE CANOAS-RS

Afirmou-se anteriormente que a terra representa para o índio o espaço vital para o exercício de sua identidade. Assim, o direito à terra deve ser compreendido à luz do direito à diferença, pois é este o núcleo dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988.

Abordou-se também que o procedimento demarcatório é o instrumento apto a delimitar a área indígena, bem como a proteger a posse indígena de terceiros. A demarcação teve seus contornos jurídicos delineados no julgamento da Petição 3388/RR, ação popular ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) com o fulcro de impugnar o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Em seu voto, o Ministro Menezes Direito sugeriu a teoria do fato indígena para regulamentar a matéria, propondo, para a configuração do direito originário à terra, além da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal (05/10/1988).

A teoria do fato indígena, citada no voto-vista do Ministro Menezes Direito, integrou o dispositivo da decisão proferida pelo relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, sendo sistematizada da seguinte forma na ementa do julgado:

> [...] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa —— a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) —— como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o

> caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. [...] (Pet 3388, Rel.Min.Carlos Britto. DJe-181, divulgado em 24 de set. 2009. Publicado em 25 de setembro de 2009)

A teoria do fato indígena abrange assim os dois primeiros "marcos" a serem comprovados no âmbito dos processos de demarcação.

Quanto ao marco temporal, para o STF, apenas as comunidades indígenas que ocupavam as terras reivindicadas à época da data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988, terão assegurado o direito à terra e, por conseguinte, à demarcação dos respectivos territórios.

Questiona-se, contudo, o marco temporal. Primeiramente, frise-se que não há menção no texto constitucional, especificamente no art.231, a qualquer data condicionante da ocupação indígena para fins de demarcação. A tese do marco temporal advém exclusivamente do entendimento firmado em sede jurisprudencial.

Importante notar que o constituinte originário, ainda no trato da temática da demarcação, definiu, no art.67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o lapso de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para a conclusão da demarcação das terras indígenas, ou seja, quando o constituinte originário dispôs sobre o fator tempo em matéria de demarcação o fez expressamente. Por que não fazê-lo também quando da redação do art.231?

Poder-se-ia afirmar ainda que a interpretação conjunta dos arts.231 e 67 do ADCT reforçaria o marco temporal. Igualmente discorda-se desse raciocínio, pois os respectivos comandos orientam na verdade o Estado a identificar as terras indígenas que já existiam e a demarcá-las no prazo de cinco anos para resolver as disputas territoriais que, até 1988, já eram bastante acirradas. Partir do pressuposto de que o objetivo de tais dispositivos é represar o direito territorial no tempo, como se ele não pudesse ser exercido pós-1988, mesmo onde há ocupação tradicional, é admitir o tratamento

desigual de comunidades indígenas merecedoras da mesma proteção constitucional. Desta forma, "não se realizou apenas uma interpretação esclarecedora do texto constitucional, encerrou-se, sim, qualquer possibilidade de a norma constitucional se desenvolver junto com a sociedade múltipla e plural" (NÓBREGA, 2011, p.274).

Opondo-se ao marco temporal, apresenta José Afonso da Silva dois argumentos. O primeiro consiste na ausência de citação expressa do marco temporal no texto constitucional, como já salientamos. O segundo consubstancia-se no fato de que, ainda que seja possível aferir um marco temporal, ele seria 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, primeira Constituição Brasileira a consagrar o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, consagração replicada nas Constituições seguintes, até a de 1988 (SILVA, 2015 ou 2016, p.9-10).

Quanto ao segundo marco, o da tradicionalidade, este é complementar ao primeiro, de modo que, apenas verificado o "fato indígena" da ocupação efetiva em 05 de outubro de 1988 é que se empreende a verificação da tradicionalidade da ocupação, ou seja, da relação do índio com a terra conforme seus usos, costumes e tradições.

A tradicionalidade da ocupação, para a Suprema Corte, envolve também o caráter de perdurabilidade de presença geográfica com o intuito de continuidade da etnia. A exceção à exigência da perdurabilidade seria apenas o renitente esbulho.

No tocante ao renitente esbulho, tal conceito foi elucidado com mais precisão no bojo do ARE 803462, recurso extraordinário com agravo no qual foi impugnada decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deixou de aplicar o marco temporal em função do renitente esbulho, declarando a regularidade da demarcação da Terra Indígena Limão Verde do povo Terena, município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul, homologada desde 2003.

Com base nos estudos antropológicos da FUNAI, constatou o TRF 3 que os Terena perderam a posse de seu território por terem sido expulsos progressivamente por não índios, muito embora tenham permanecido nas imediações da Fazenda Santa Bárbara - como passou a ser denominada a região - e preservado o seu modo tradicional de vida. Ademais, os Terena ofereceram três reclamações a órgãos públicos denunciando a invasão de suas terras 1982, 1984 e 1989, como consta no inteiro teor do acórdão.

Entendeu o Supremo, todavia, que as reclamações dos índios Terena não caracterizavam um renitente esbulho, tendo a presença indígena da região cessado em meados de 1953, momento bem anterior ao marco temporal. E, aplicando a Súmula 650, segundo a qual o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado, julgou a demanda nos seguintes termos:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA "LIMÃO VERDE". ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.
> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.
> 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.
> 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da

> promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.
> 4. Agravo regimental a que se dá provimento.
> (ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, DJe-029, divulgado em 11 fev 2015. Publicado em 12 fev 2015)

Assim, renitente esbulho é um conflito que, mesmo iniciado no passado, persiste até o marco temporal (05/10/1988), seja de maneira fática ou judicializada.

Dissemos que, ao longo de nossa História, o Estado empreendeu um controle repressivo sobre os povos indígenas, visando integrá-los à sociedade nacional. Desde a promulgação da CF/1988, o projeto de integração cessou enquanto política oficial, muito embora ainda seja um desafio para os povos indígenas a afirmação de suas identidades, individuais e, sobretudo, coletivas.

É importante destacar que a integração ocorreu de forma extremamente violenta, física (com o sacrifício de milhões de vidas) e psicologicamente (via imposição de uma cultura alheia). No entanto, sempre houve resistência indígena a esse inexorável processo, seja por meio de embates armados contra o Estado e/ou contra os não índios - obviamente em desigualdade de condições -, seja, ainda que cedendo a pressões para abandonar seus territórios, por meio da autoafirmação cultural.

Com efeito, nem todas as populações indígenas, enquanto coletividades organizadas, conseguiram permanecer em suas terras. Existem as que foram dissolvidas, pulverizando-se no território nacional; existem as que permaneceram renitentes à margem ou em espaços reduzidos de suas antigas posses.

Também é fato que as populações indígenas foram direta ou indiretamente expulsas de seus territórios. O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), apresentado em 2014, denuncia as graves violações dos direitos indígenas no período compreendido entre 1946 e 1988, seja por omissão do Estado, proliferando-se condições propícias ao esbulho das terras indígenas em favor de interesses privados, seja por ação direta, com as suas violentas políticas. Segundo a referida comissão:

UNILASALLE
CANOAS-RS

> Em síntese, pode-se dizer que os diversos tipos de violações dos direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas no período aqui descrito se articularam em torno do objetivo central de forçar ou acelerar a "integração" dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico (CNV, 2014, p.250).

A CNV destinou um ponto específico do relatório ao esbulho das terras indígenas e, a esse respeito, fez as seguintes recomendações ao Estado Brasileiro:

> - Regularização e desintrusão das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial aqui relatados, assim como o determinado na Constituição de 1988.
> - Recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988. (CNV, 2014, p.254)

A constatação de que o esbulho das terras indígenas ocorreu, direta ou indiretamente (via omissão) pelo Estado não é nova, mas o fato de ela ter sido veiculada no relatório da CNV é relevante em um momento no qual a configuração do esbulho está sendo discutida em virtude das recentes decisões da mais alta corte judiciária do país.

Em virtude de todo o exposto, como exigir dos povos indígenas a sustentação de um conflito até a data da promulgação da CF/1988, se foi justamente com a redemocratização do país e com a ascensão de uma nova ordem constitucional que os índios foram inseridos em um contexto mais favorável à sua sobrevivência e lograram uma proteção mais efetiva de seus direitos, podendo inclusive ingressar em juízo para defendê-los?

Com efeito, esses questionamentos não são esclarecidos pela teoria do fato indígena, cuja aplicação não favoreceu a pacificação das situações reais de conflitos entre índios e não índios, gerando ainda mais insegurança jurídica para todos os envolvidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de romper com a política integracionista violenta e opressora das populações indígenas, o Estado consagrou, quando da promulgação da CF/1988, o paradigma da interação, conferindo aos índios a proteção constitucional às suas identidades e aos seus territórios e, sobretudo, garantindo que permaneçam enquanto grupos diferenciados na sociedade pluriétnica e multicultural brasileira.

A identidade é o núcleo dos direitos indígenas, sendo o fundamento de todos os direitos específicos. Assim, a interpretação e a efetivação dos direitos indígenas deverão sempre estar pautadas na garantia da identidade, no direito dos índios de serem índios e de permanecerem como tais.

Dentre os direitos indígenas, o direito à terra destaca-se na atualidade por dois principais motivos: garantir às populações um espaço para sobrevivência física e cultural e envolver disputas por territórios.

Na esfera administrativa, a efetivação do direito à terra indígena constitui desafio para o Poder Estatal, tendo em vista que ocorre por meio de um processo administrativo complexo. Na esfera judicial, essa dificuldade de efetivação é reproduzida. O Supremo Tribunal Federal firmou a teoria do fato indígena, a qual, como estudado, estabelece um marco temporal para a ocupação indígena (05 de outubro de 1988) como requisito para a demarcação da terra, requisito este flexibilizado apenas em casos de renitente esbulho.

UNILASALLE-RS CANOAS-RS

A teoria do fato indígena foi criticada neste trabalho pela falta de previsão expressa do marco temporal na Constituição, implementando o STF uma interpretação excessivamente restritiva do direito à terra, direito este originário e assegurado em Constituições anteriores. Igualmente carece de previsão constitucional o renitente esbulho, o qual deve ser revisto à luz da História, que demonstra terem sido as populações indígenas compulsoriamente retiradas de suas terras, de forma direta ou indireta (via omissão) pelo Estado e por não índios.

Por todo o exposto, concluímos esse trabalho entendendo ser inconstitucional a teoria do fato indígena, visto que ela não está prevista nem implícita nem expressamente na Constituição Federal de 1988. Na prática, o fato indígena tem obstaculizado a efetividade do direito à terra e, por conseguinte, do direito à diferença, pois, como visto, não há como preservar a identidade sem garantir a terra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Brasília:CNV, vol.II, 2014. Disponível em:< http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf >Acesso em: 11 abr.2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Plenário, Brasília, DF, DJE 25 de setembro de 2009. Disponível em: <

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 11 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 803462, , Brasília, DF, DJE 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 11 abr.2016.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). Quem somos. Disponível em: < http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5685&action=read> Acesso em: 16 set.2015.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In*: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1993.

LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. "Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe": a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de.Teoria do fato indígena: novos paradigmas interpretativos para a (in)aplicação do direito originário dos índios sobre suas terras tradicionais. 2010. 108f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Povos Indígenas e a Constituinte. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. *In*: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. Parecer jurídico, 2015 ou 2016. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal.pdf> Acesso em: 11 abr.2016.

SILVA, Telma Camargo da. O fazer antropológico e a responsabilidade social de seus praticantes: algumas considerações iniciais. Redalyc, Goiás, 2003. Sociedade e Cultura. Disponível em: < http://www.redalyc.org/pdf/703/70360102.pdf>. Acesso em: 11 abr.2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. *In*: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1993.

UNILASALLE CANOAS-RS

ANAIS

CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE

GT – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIOLOGIA DAS VULNERABILIDADES: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS

CANOAS, 2016.

OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEVER DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO

Luciana Oliveira de Campos[1]

RESUMO: Neste estudo, que adota a metodologia da pesquisa bibliográfica, são analisados alguns aspectos do poder-dever normativo das agências regulador delineado pelas políticas públicas que orientam e delimitam a atividade reguladora. Por meio das políticas públicas, são definidos objetivos, programas e metas, em regra voltados à concretização de direitos fundamentais, parâmetros que devem ser observados pelas agências reguladoras no desempenho de suas atividades, das quais dependem, muitas vezes, a efetividade destas políticas

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Poder Normativo. Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Administrativo, cada vez mais se fala em políticas públicas, termo mais familiar aos estudiosos das ciências políticas e sociais do que dos operadores do direito, mas que se faz cada vez mais presente no universo jurídico. Neste estudo, pretende-se analisar a competência normativa das agências reguladoras frente às políticas públicas que funcionam tanto como um delimitador do ato normativo, quanto como um orientador e estipulador do dever de agir, sempre no sentido de que as políticas públicas sejam efetivas.

O fato é que não se pode falar de direitos humanos e direitos sociais sem perpassar em algum momento pelo debate acerca de políticas públicas. Nem tão pouco é possível tratar de questões relacionadas a serviços públicos e a desenvolvimento econômico e social, sem atentar para as políticas públicas. Neste ponto em particular, se destaca o papel das políticas públicas nas atividades normativas das agências reguladoras nacionais, que são responsáveis,no País, pela implementação e fiscalização de políticas públicas voltas a setores importantes, seja do ponto de vista do desenvolvimento social, seja do desenvolvimento econômico.

Desde a reforma do Estado, implementada durante os anos noventa, foram criadas diversas agências reguladoras como autarquias especiais, dotadas de instrumentos que lhe asseguram significativa autonomia, que assumiram o poder-dever de, na forma das leis que as criaram, fazendo uso de equipe especializada, regular setores vitais para a sociedade.

Estas entidades foram criadas a partir do modelo norte-americano dos anos 30, fortemente centrado em ideias neoliberais de redução do Estado e de estimulo à sociedade a suas próprias iniciativas (SCHNEIDER, 2013, p. 27). Com o objetivo de proporcionar maior segurança aos investidores, especialmente aos internacionais, estas entidades foram concebidas para atuarem de forma altamente especializada e afastada da influência política, por isso instrumentadas para possuírem uma acentuada autonomia de modo que, embora sejam, no âmbito federal,[2] vinculadas a Ministérios do Governo Federal, não são subordinadas a estes, nem mesmo ao Chefe do Poder Executivo.

O exercício de suas competências deve se dar na forma das leis que as instituíram e de acordo com as políticas públicas voltadas aos setores que regulam. Neste ponto, percebe-se a relevância das políticas públicas ante o poder-dever das agências reguladoras, seja para limitar sua atuação, seja para impor determinadas ações. É sobre esse viés específico que se pretende desenvolver o presente trabalho, procurando analisar o papel das políticas públicas setoriais ante a competência normativa das agências reguladoras instituídas como entidades especializadas, sem a pretensão de esgotar as

---

1 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Unilasalle, luciana47853@gmail.com

2 Este trabalho tem como objeto de estudo as agências reguladoras federais. Contudo, se faz necessário registrar que existem atualmente agências reguladoras estaduais, como por exemplo, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e municipais, como por exemplo, a Agência Municipal de Regulação de Públicos de Teresina – ARSETE.

matérias, mas tão somente de provocar a reflexão e o debate sobre tema de grande importância em se tratando de gestão pública, de efetivação de direitos fundamentais e desenvolvimento social.

Na primeira parte, far-se-á uma breve síntese acerca do modelo regulatório adotado no Brasil e em que condições isso ocorreu, ou seja, o que conduziu a País à reforma do Estado e à criação das agências reguladoras setoriais, que passaram a assumir importante função, seja do ponto de vista social, seja do ponto de vista econômico. Na sequência, procurar-se-á discorrer sobre a competência normativa das agências reguladoras federais a partir da análise de alguns renomados juristas sobre o tema, e, ainda, sobre o papel das políticas públicas na concretização de direitos. Por fim, procurar-se-á abordar a questão das políticas públicas como instrumento de definição de metas, objetivos e programas voltados ao bem comum frente à atividade normativa das agências reguladoras, procurando aferir o que as políticas públicas representam frente à competência normativa das agências reguladoras federais.

2 O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Na década de 80, em países como Inglaterra, na época sob o comando da Primeira Ministra Margareth Thatcher, as ideias neoliberais começam a ganhar força dada às dificuldades financeiras de manutenção de um Estado Providência e se propagaram pelo mundo. O Brasil, que nem ao menos havia conseguido atingir a condição de Estado Providência, neste momento também se via em meio a uma crise fiscal de grande e avassaladora proporção.

Nos anos 90, a crise se havia agravado (MOTTA, 2003, p. 42). O governo estava desprovido de recursos para arcar com os investimentos prementes necessários, sem dispor nem mesmo do mínimo para a manutenção dos serviços públicos essenciais. Ante o descontentamento generalizado da sociedade, pressionada por instituições financeiras internacionais, tais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional deu início a um processo de reforma do Estado, implementado de forma mais significativa na segunda metade da década de 90, durante o governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (SCHNEIDER, 2013, p. 27).

Ante a implementação de uma reforma fortemente influenciada por ideias neoliberais, o Estado deixou de ter uma administração pública centralizada, de ser um prestador de serviços públicos e um agente econômico para transformar-se em um Estado Gestor e atuar por meio de uma administração pública descentralizada. Entre os anos de 1995 e 2002, inúmeras medidas foram adotas com vista à transformação do Estado, incluindo Emendas à Constituição, aprovação de diversas leis, como a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e a criação de agências reguladoras voltadas a diversos setores.

As agências brasileiras foram concebidas a partir do modelo norte-americano de agências independentes, dotadas de importante grau de autonomia e corpo técnico especializado. A motivação expressada pelo governo à época para justificar estas mudanças girava em torno da necessidade de assegurar maior estabilidade econômica e elevar o grau de confiabilidade do mercado internacional, apontando como objetivo a atração de investimentos voltados, tanto à prestação de serviços públicos, quanto a setores econômicos eleitos como estratégicos para o desenvolvimento do País.

A opção brasileira pelo modelo de regulação por agências independentes, fortemente sustentadas no domínio da técnica, em que o termo independente significa autonomia, notadamente política, da entidade reguladora ante o governo, foi imposta por agentes internacionais, dentre eles o Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional – FMI, como condição a ser cumprida para viabilizar futuros financiamentos. Fernando Herren Aguillar, em sua obra Controle Social dos Serviços Públicos, cita trecho de um relatório do Banco Mundial dirigido ao setor elétrico (primeiro a ser regulado por agência no Brasil), no qual a regulação do setor é colocada como condição para financiamento:

> Uma exigência para qualquer empréstimo no setor elétrico será um movimento explícito do país rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico e processos regulatórios satisfatórios para o Banco. Para este fim, em conjunção com outras iniciativas de âmbito econômico, o Banco exigirá dos países que estabeleçam processos regulatórios transparentes que sejam claramente independentes dos

> fornecedores de energia e que evitem interferência governamental nas operações cotidianas da companhia (pouco importando se a empresa é privada ou pública).
> O papel dual do governo como operador e titular de serviços públicos conduziu o governo a intervenções frequentes nas operações do setor elétrico. Há, portanto, necessariamente de se definir alguma forma de corpo regulatório como parte de um esforço governamental para redefinir os papéis respectivos do governo, concessionário e consumidores. Isso implica em uma mudança do tipo monolítico de gestão governamental, em direção a sistemas mais descentralizados e baseados no mercado. (WORLD BANK, 1993 *apud* AGUILLAR, 1999, p. 233-234)

Desta forma, as agências nacionais foram criadas para funcionarem como uma espécie de "blindagem institucional de um modelo, que resistisse até uma vitória de um partido de esquerda em eleição futura" (BINENBOJM, 2014, p. 287), assegurada sobretudo pela autonomia para o exercício de suas atividades, afastando a interferência política até mesmo do Presidente da República, tudo em nome da estabilidade econômica.

Para assegurar essa autonomia em face dos agentes políticos tais entidades foram constituídas na forma de autarquias especiais, com algumas particularidades como a independência dos seus dirigentes, os quais são nomeados pelo Presidente da República para o exercício do mandato intercalado, por prazo determinado e, em que pese, serem ocupantes de cargo em comissão, não podem ser destituídos do mandato, salvo mediante procedimento formal e decisão devidamente motivada (JUSTEN FILHO, 2002, p. 460-472).

Além disso, existem outros elementos que somam no reforço da autonomia das reguladoras, que são: receita vinculada que assegura independência financeira; a não sujeição de suas decisões à interposição de recurso hierárquico ao Ministério a que estão vinculadas e, ainda, quadro de pessoal composto por especialistas que farão uso da técnica no exercício da regulação, entendida por alguns juristas, como Marçal Justen Filho (2002, p. 518), como discricionariedade técnica.

As agências, de modo geral, regulam setores complexos e, para tanto, lhes são atribuídas diversas competências que compreendem desde a competência normativa até a de fiscalização. Dos temas mais polêmicos e controvertidos sobre as agências reguladoras, e, ainda atual, diz respeito a competência normativa ou regulamentar propriamente dita.

3 A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Muitos renomados juristas já se debruçaram sobre a questão da competência normativa das reguladoras, divergindo em alguns pontos e convergindo em outros, ou melhor, convergindo no que é fundamental, ou seja, sobre a possibilidade jurídica do exercício da regulação por parte destas entidades, bem como acerca dos limites a que estão adstritas. Como bem apontado por Luís Roberto Barroso (2002, P. 223), o ponto central acerca do poder normativo das agências brasileiras é a sua (in)compatibilidade com o princípio constitucional da legalidade, cuja solução, na sua concepção, passar por uma flexibilização legitima, situação em que a definição dos limites desta flexibilização é crucial.

Seguindo este raciocínio, como aponta Adriana Maurano(2006, p. 163), o princípio da legalidade deve ser interpretado conforme a constituição, o que significa reconhecer que o Poder Legislativo tem a competência geral para legislar, o que não inviabiliza a complementação do sentido da lei por "outras figuras normativas". Ainda sobre o viés da atividade normativa das agências, frente ao princípio da legalidade e da separação dos poderes, importante trazer a baila argumento de Lais Calil (2006, p. 175), que sustenta que tais entidades possuem competência definida nas leis que as criam de modo que devem atuar nos limites impostos a sua atuação, os quais estão dispostos de forma hierárquica, o que significa além da conformação com as leis instituidoras, a observância dos regulamentos presidenciais.

Ainda no que tange à conformidade legal, Marco Juruena Villela Souto (2006, p. 126-128) destaca a constitucionalidade da atividade reguladora, com amparo no art. 174 da Constituição Federal, a ser exercida na forma do art. 24, inciso I, também da Constituição Federal, negando a hipótese de se tratar de usurpação da função legislativa ou, ainda, de delegação de poderes, asseverando ser uma atividade administrativa que impõe, na visão do autor, além da conformidade com a lei, a consonância com os regulamentos do Poder Executivo.

Seguindo a linha de que inexiste usurpação de função, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo, Sérgio Guerra (2004, p. 42-43) afirma que o que existe de fato é um "poder-dever de exercer uma função normativa secundária",[3] impondo-se a harmonia com as normas hierarquicamente superiores.

O Jurista Marçal Justen Filho (2002, p. 519), da mesma forma fala sobre a constitucionalidade da competência normativa das reguladoras com amparo no art. 84 da Constituição Federal, sustentando não ser competência privativa do Presidente da República o que faculta à delegação às agências. Contudo, tem a natureza de competência normativa derivada, impondo "a necessidade de compatibilidade da norma administrativas com a norma legal no tocante a conteúdo, espírito e finalidade", o que significa que o espaço de atuação é limitado nos termos da lei (JUSTEN FILHO, 2002, p. 517). No mesmo sentido,argumenta Leila Cuéllar (2001, p. 116-128), ao afirmar que as agências possuem competência regulamentar, a qual não é exclusiva do Poder Executivo. A autora ressalta a relevância de atenção às limitações impostas à atividade regulamentar destas entidades consubstanciados em: não inovação de forma absoluta, conformidade com a lei e o direito, respeito ao princípio da tipicidade, não restrição de liberdade, igualdade e propriedade ou alteração do estado de pessoas, bem como a não retroação.

Ainda no que concerne à legalidade, interessante trazer o entendimento de Egon Bockmann Moreira (2006, p. 190) para quem as reguladoras brasileiras produzem normas gerais e abstratas, semelhante ao regulamento autônomo esclarecendo que apenas se parecem com regulamentos autônomos já que este tipo de regulamento não existe no Brasil. Esse entendimento advém, segundo o autor, do fato de que o poder-dever das reguladoras, ao mesmo tempo em que deve estar de acordo com a lei, não se restringe a um simples regulamento executivo, mas sim, deve ser complementar às normas primárias.

De forma similar, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006, p. 283) destaca que não é caso de delegação legislativa porque não há renúncia de competência pelo legislado, o que impõe a interpretação do poder regulamentar destas entidades como "forma de delegação inominada" a ser exercida para implementar e/ou complementar o que o autor denomina leis-quadro, que são conceitos indeterminados por meio das quais o Poder Legislativo concede às agências a competência de "regulamentação complementar".

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 234) vislumbra uma competência mais aberta, sustentando ser caso de "deslegalização", a ser entendida como um tipo de delegação para exercício por parte das agências de atividade técnica apartada da influência das autoridades políticas, tendo como limite apenas a não alteração, nem derrogação de leis. Por fim, importante trazer à baila, de forma sucinta, o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 288) para quem os atos regulatórios oriundos das agências reguladoras são atos administrativos "de execução" amparados no art. 84, IV, da Constituição Federal, por entender não se tratar de competência regulamentar exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

---

2 O autor sustenta ser uma função normativa secundária, porque a função primária é competência do Poder Legislativo. (GUERRA, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 42-43).

UNILASALLE CANOAS RS

Das referências supracitadas se pode extrair que existe, independente do enquadramento pontual que cada autor faz da competência normativa das agências reguladoras, determinado consenso de que, no exercício, desta competência devem ser observadas as formas e limites fixados pelas leis que as instituíram, assim como os fixados na forma de standards por outros diplomas legais, e ainda, pelas políticas públicas setoriais.

É atribuído às agências brasileiras a regulação notadamente em três campos, definidos por Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 27), como: regulação dos monopólios, regulação para a competição e regulação dos serviços públicos.

Desta breve síntese se pode extrair de antemão o potencial, a importância e a complexidade da atuação das reguladoras para a sociedade brasileira, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual, na forma do art. 2º da Lei nº 9.427/96, tem como finalidade a regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as políticas e diretrizes do governo e da Agência Nacional de Águas - ANA definida no art. 1º da Lei nº 9.984/00, como entidade de nível federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala sobre competência normativa das agências reguladoras, tanto no que tange à forma, quanto aos limites de atuação, especialmente naquilo que é imposto pelas políticas públicas, é preciso ter presente o fato de que, em geral, as políticas públicas estão relacionadas à promoção de direitos humanos, de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

É do texto constitucional que vem o dever de atuação vinculada à proteção e à promoção de direitos e garantias fundamentais imposto a todos os agentes públicos, de todas as esferas de poder, incluindo as agências reguladoras, as quais têm o poder-dever de agir na forma das leis que as instituíram e em consonância com o ordenamento jurídico.

UNILASALLE CANOAS-RS

No Estado Democrático de Direito existem elementos característicos do Estado de Direito, ou Estado Liberal, o qual foi concebido como forma de estabelecer alguns limites à monarquia absolutista, cujos traços principais estão no império da lei, na divisão dos poderes e nos direitos de liberdade.Também é permeado por elementos oriundos do Estado Providência, ou Estado Social, forte na garantia de direitos fundamentais, incluindo direitos sociais e regime político democrático, aspecto sobre o qual as políticas públicas são instrumentos essenciais para a efetivação destes direitos.

Com o advento das constituições rígidas, elevadas à condição de norma suprema, que abrigam em seus textos, como no caso da Constituição Federal brasileira de 1988, princípios, direitos e garantias fundamentais, impõe-se a todos os gestores públicos um agir conforme a constituição, o que significa um dever de proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional.

Ante essa elevação de direitos e garantias fundamentais ao texto constitucional, posto como norma suprema, o garantismo é trabalhado por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2015, p. 31) como um novo paradigma teórico geral, entendido como "o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos e a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais".

A supremacia do texto constitucional e a vinculação dos atos de todo o Poder Público deve ser interpretada de forma ampla, ou seja, a todas as esferas do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo. Ao discorrer especificamente sobre a vinculação dos atos normativos emitidos por todas as esferas e entidades do poder público, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 441) destaca que "a constituição

aponta para a vinculação de todos os actos normativos através de direitos, liberdade e garantias. Incluem-se os actos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos) ".

Na mesma linha, Clèmerson Merlin Clève (2003, p.292/293) sustenta que o termo vinculação tem a conotação ampla, no sentido de que todos os atos, de todos os agentes públicos, de forma indistinta, estão vinculados aos direitos fundamentais assegurados na Constituição brasileira, a qual, "desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira".

Os direitos fundamentais positivados na Constituição possuem, segundo juristas renomados como José Joaquim Gomes Canotilho[4] e Ingo Salet,[5] duas dimensões, a subjetiva e objetiva, onde, em apartada síntese, a dimensão subjetiva é aquela em que os direitos fundamentais são vistos em relação ao indivíduo, enquanto que a dimensão objetiva é aquela em os direitos fundamentais são relacionados aos objetivos da coletividade, da comunidade, do interesse público. (CANOTILHO, 2003, p. 1256).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado, além do dever de não agir consubstanciado no dever de não atuação negativa, também o dever de agir posto como dever de atuação positiva, voltada à implementação das políticas públicas destinadas à efetivação destes direitos, e por fim, inclui ainda, o dever de proteção destes direitos em face à conduta de particulares que inviabilizem ou prejudiquem a efetivação destes direitos. (SARLET, 2015, p. 197).

Os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, demandam atuação voltada à promoção destes direitos tutelares da dignidade humana, cenário em que as políticas públicas têm um papel fundamental. Como bem observa Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 143) as políticas públicas formam quadros normativos de conduta do Estado e por isso possuem caráter instrumental, e como tal, passam a funcionar como propulsoras do "cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais" tendo como "força motriz" o interesse coletivo.

Há relação direta entre concretização de alguns direitos fundamentais, especialmente os sociais, com políticas públicas. É o que destaca Patrícia Helena Massa Arzabe (2001, p. 32) segundo a qual a efetividade de determinados direitos fundamentais exigem atuação positiva do Estado, como os direitos sociais, está diretamente relacionada a implementação de políticas públicas, destacando que:

> A ausência ou a insuficiência dos direitos sociais, como trabalho (renda), educação, saúde, moradia, alimentação, bem como a existência de circunstâncias e arranjos sociais que dificultam o acesso a esses direitos e à vida digna, criam sérios obstáculos ao exercício de todos os outros direitos humanos e fundamentais, das liberdades. Para que os direitos humanos não sejam violados, então, é necessária a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas para a realização desses direitos. (ARZABE, 2001, p. 32)

A relação existente entre direitos humanos e políticas públicas também é tema sobre o qual discorre Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 13) a qual considera que "uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos", contexto em que as políticas públicas funcionam como instrumentos por meio do qual são condensadas as demandas relacionadas a objetivos comuns.

---

4 O tema é abordado com profundidade pelo autor *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

5 O jurista discorre sobre as dimensões dos direitos fundamentais *in* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

UNILASALLE CANOAS RS

Ainda sobre a instrumentalização das políticas públicas, Augusto Martinez Perez Filho (2010, p. 219) esclarece que são programas e ações desenvolvidas pelo gestor público o qual, "lançando mão do arcabouço jurídico instrumental à sua disposição, busca desenvolver projetos e adotar medidas que visem ao atendimento das necessidades dos administrados".

No que diz respeito pontualmente sobre a forma exterior das políticas públicas, como elucida Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 11), é preciso ter presente que elas podem ser encontradas em diversos e distintos instrumentos legais, como no próprio texto constitucional, em leis, em instrumentos normativos infralegais, inclusive em contratos, como no caso dos contratos de concessões de serviços públicos.

Uma vez definidas as políticas públicas, restam fixar metas a serem alcançadas, recursos disponibilizados, bem como os procedimentos definidos. Contudo, isso não esgota o dever do Estado, é preciso efetividade, o que impõe um dever de agir a toda a administração pública, de todas as esferas do Poder Público. (BUCCI, 2001, p. 13).

Glauco Martins Guerra (2003, p. 361), ao discorrer sobre a sistematização jurídica das políticas públicas proposta por Maria Paula Dallari Bucci[6] em sua Tese de Doutorado intitulada Direito Administrativo e Políticas Públicas, diz vislumbrar, nas agências reguladoras, o potencial de formação de "instrumentos jurídicos de capacidade cogente" de implementação das políticas públicas setoriais, e ainda, de efetivação de programas, projetos, bem como ações voltadas à promoção do interesse público.

Como se vê,deve haver políticas públicas voltadas à proteção e promoção dos direitos e garantias constitucionais assegurados a todos os cidadãos, panorama em que as agências reguladoras brasileiras devem cumprir um papel de notória relevância. Com propriedade, Gustavo Binembojm (2014, p. 317) ressalta a importância das agências como instrumentos administrativos de gestão da defesa, proteção e promoção de direitos fundamentais, o que inclui as políticas públicas como instrumentos que imprime o dever de implementação e de fiscalização.

UNILASALLE CANOAS RS

5 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER-DEVER DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já se abordou anteriormente, o Estado, ao se transformar em Regulador, deixou de atuar diretamente e passou a intervir na iniciativa privada como meio de obter um equilíbrio entre o liberalismo e o Estado Social, contexto em que, de forma indireta, procura assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal.(MARTINS, 2010, p. 120-122).

Atribuir às agências competência regulamentar foi o instrumento eleito para assegurar esse resultado, as quais possuem o poder-dever de, por meio de uma gestão especializada, agir com vista à promoção de políticas públicas, e ainda, de proteção, observando, inclusive, para que seus próprios atos regulatórios não interfiram de forma negativa nos processos de implementação de políticas públicas, como por exemplo, a definição de tarifas de serviços públicos desconsiderando a política pública de tarifas módicas e universalização.

Em se tratando de atividade reguladora, gestão especializada significa a sobreposição dos conhecimentos técnicos (atividade de especialistas) sobre questões de ordem política, o que inflige às reguladoras um espaço preestabelecido para o exercício de suas atividades. Esta delimitação de espaço

6 Glauco Martins Guerra faz referência a sistematização jurídica das políticas públicas objeto da Tese de Doutorado defendida por Maria Paula Dallari Bucci na Universidade de São Paulo, no ano de 2002, intitulada Direito Administrativo e Políticas Públicas. *In* GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

se dá por meio de standards definidos em lei[7] e pelas políticas públicas, o que está longe de ser um espaço pequeno e de pouca relevância. Ao contrário, a gestão de setores chave da economia e de serviços públicos essenciais é atualmente (desde meados da década de 90) atribuída a estas entidades tidas como "independentes".

O órgão regulador deverá ter sempre presente, no exercício de sua atividade, incluindo a regulamentação de caráter complementar, as políticas públicas relacionadas ao setor que regula. Neste ínterim, relevante trazer reflexão proposta por Leonel Pires Ohlweiler (2007, p. 270) ao discorrer sobre políticas públicas, o qual destaca a importância de que sejam políticas sérias, com potencial de conduzir "os cidadãos para uma instância de autonomização, na qual eles possam acontecer como cidadãos, com-os-outros-cidadãos e na sociedade democrática".

Quando se pensa em política pública como instrumento de autonomização dos indivíduos num Estado gestor, que deixou de atuar de forma direta e passou à condição de regulador, onde o exercício da regulação se dá por meio de entidades detentoras de autonomia reforçada, de pronto se vislumbra a importância de processos sérios de definição de políticas públicas que serão balizadoras do agir das agências e, por óbvio, funcionarão como orientadoras e estipuladoras do dever de agir, que pode ser voltado à promoção e/ou à proteção.

Como muito bem argumentado por Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 13), até aquelas políticas públicas, que não guardam relação direta com a efetivação de direitos humanos, devem ser vistas como políticas sociais, como por exemplo, algumas políticas setoriais como as do setor de energia elétrica, as quais não parecem estar diretamente relacionadas com os direitos humanos, mas que guardam "um componente finalístico" que, no exemplo em questão, consiste no fornecimento de energia elétrica como meio essencial para garantir a dignidade humana.

Mesmo os direitos fundamentais, que a princípio parecem impor ao Estado apenas a abstenção (não agir), como, por exemplo, o direito de livre locomoção (ir e vir), o qual exigiria, em tese, apenas a ação do titular do direito, por vezes, a sua efetividade carece da atuação do Poder Público e da definição de políticas públicas, como a promoção de transporte público coletivo acessível, considerando, neste aspecto, disponibilidade e custo da tarifa. (CLÈVE, 2006, p. 02).

Tanto as políticas públicas do setor elétrico quanto as do transporte público são exemplo, dentre tantas outras, de políticas cuja implementação e fiscalização são atribuídas, se não na integralidade, ao menos em grande parte, às agências reguladoras do setor, ou seja, Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT, respectivamente.

A efetividade de algumas políticas públicas de extrema relevância para o desenvolvimento social, diretamente relacionadas à dignidade humana, depende da atividade reguladora das agências, como por exemplo, os serviços públicos que foram privatizados sob o argumento de que o Estado atuaria como gestor e asseguraria, por exemplo, a universalização, como no caso do fornecimento de energia elétrica, cujas políticas públicas de grande relevância, notadamente a de universalização do acesso e do uso de energia, é atividade da alçada da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual é diretamente responsável pela implementação e fiscalização, ou seja, pela efetividade desta política.

O dinamismo das políticas públicas é uma de suas particularidades a qual conduz a se vislumbrar, no poder normativo das agências, um importante instrumento para implementação das

7 Na interpretação de Alexandre Santos de Aragão as leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras "possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidade e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com maior autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direto Administrativo Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439).

políticas afetas às suas áreas de regulação, isso porque, em regra, dispõem de estrutura e pessoal especializado, em tese, amplamente capacitados para o exercício de uma atividade reguladora eficiente (MARTINS, 2010, p. 135). Vale registrar que a necessidade de uma gestão eficiente, capaz de exercer a atividade de regulação em uma sociedade complexa e dinâmica, em que as necessidades são múltiplas e por vezes até divergentes, justificou, em parte, a constituição das reguladoras como entidades detentoras de corpo técnico especializado.

Outro aspecto importante a ser considerado é que ao transferir a implementação de políticas públicas às agências, o governo tem a possibilidade de desonerar-se dos custos, se não totalmente ao menos parcialmente, porque pode passar os custos referentes à implementação e manutenção das políticas públicas, como por exemplo, dos serviços públicos aos concessionários ou permissionários.

Um exemplo que ilustra bem, tanto a questão do custeio, quanto da atuação normativa da reguladora, é a política pública de universalização de serviço público de energia elétrica que teve início com a Lei n.º 10.438/2002, cujas metas estabelecidas, em síntese, eram voltadas ao acesso de população urbana e rural à energia elétrica, sendo que as despesas eram atribuídas, na forma do art. 14, às concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica. Ocorre que, em 2003, houve o Poder Executivo fazer alterações nesta política ao lançar o Programa Luz para Todos, por meio do Decreto 4.873, cujas condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização foram fixadas pela Resolução Normativa 223/2003 da ANEEL. O Programa, que continha metas mais ambiciosas, passou a contar com diversas fontes de recursos como: as oriundas de fundos setoriais de energia para a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e da Reserva Global de Reversão (RGR), de governos estaduais e de distribuidoras de energia.[8]

A instituição das agências dotadas de autonomia reforçada para exercerem a regulação de diversos setores no País não exclui a legitimidade do governo eleito de definir políticas públicas e o dever da reguladora de agir conforme estas políticas. Sobre esse ponto em especial, Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 92) ressalta com propriedade que as agências não são "instância institucional de definição de políticas", são entidades incumbidas da efetivação, de modo que sua liberdade de atuação, ou melhor, a sua discricionariedade é circunscrita pelos objetos, diretrizes, programas e tudo o mais que é fixado por meio políticas públicas, sem possibilidade de alteração destas políticas ou mesmo de descumprimento.

Conforme oportunamente apontado por Fernando Quadros da Silva (2014, p. 91 e 96), a inércia regulatória das agências na implementação de políticas públicas pode conduzir à judicialização e até mesmo à responsabilização do agente público. Um exemplo que o autor traz são as ações judiciais que têm como objeto o direito dos idosos a tarifas reduzidas no transporte coletivo interestadual, ante as quais o STJ já firmou posicionamento sobre a reserva de ao menos duas vagas gratuitas, por ônibus, a serem destinadas a pessoas idosas cuja renda seja igual ou inferior a dois salários mínimos, e ainda, no caso da demanda exceder o número de duas vagas, assegurar a todos os demais idosos, com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, o desconto de no mínimo 50% do valor da passagem.

Nestas ações como, por exemplo, no REsp 1054390/DF,[9] em que é recorrida a ANTT e recorrente uma prestadora de serviços de transporte intermunicipal a qual argumenta que o benefício

8 Consta no sitio do Ministério de Minas e Energia informações sobre o Programa Luz para Todos, dentre as quais dados referentes ao custeio do Programa, de onde se destaca que "os investimentos chegam a R$ 22,7 bilhões. Desses R$ 16,8 bilhões são recursos do Governo Federal". Disponível em: <https://www.mme.gov.br/luzparatodos/Asp/o_programa.asp>. Acesso em: 24 mai. 2016.

9 Recurso Especial Nº 1.054.390 - DF (2008/0097844-6) Relatora: Ministra Denise Arruda. Recorrente: Rápido Marajo Ltda. Recorrido: Agência Nacional De Transportes Terrestres – ANTT Recorrido: União. Julgado em 19/11/2009. O recurso teve como objeto a política pública de passagens intermunicipais gratuitas para idosos com renda de até dois salários mínimos e a atuação da agência reguladora na definição e implementação das regras de custeio da referida política.

UNILASALLE CANOAS RS

de transporte gratuito para idosos só pode ser exigido após a criação da fonte de custeio ante ao que a Ministra Relatora Denise Arruda aponta diplomas legais e Resolução Normativa da Agência Reguladora (Resolução 1.692/2006- ANTT) que regulamenta a matéria, conduzindo ao julgamento por unanimidade no sentido de negar provimento ao recurso interposto.

Como resta evidenciado pelo exemplo exposto, o ato administrativo normativo da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT foi elemento reconhecido como fundamental na efetivação do direito do idoso consagrado em lei em absoluta consonância com o texto constitucional, com os direitos humanos, o que por si demonstra não só o potencial, mas, acima de tudo, a importância dos atos normativos das reguladoras para a efetividade de políticas públicas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de as agências reguladoras brasileiras terem sido constituídas num momento em que foram reduzidas as atividades estatais diretas e concebidas como entidades detentoras de autonomia reforçada, altamente especializada, não as isenta de todas as responsabilidades atribuídas ao gestor público, especialmente aquelas afetas a direitos fundamentais, direitos sociais, consagrados no texto constitucional e objeto de políticas públicas.

Não são entidades independentes para o exercício de suas atividades pautadas exclusivamente em parâmetros técnicos e de mercado. Seu agir é delimitado por standards legais e pelas políticas públicas. Pode-se dizer, inclusive, que a sua existência das reguladoras está substancialmente relacionada com as demandas de um Estado Social, devendo manter o equilíbrio entre a liberdade do mercado e as necessidades da sociedade, não fosse assim não haveria necessidade de constituição de agências, já que, de acordo com o conceito básico do liberalismo, o mercado é capaz de regular-se sozinho.

A atividade normativa das agências reguladoras tem o potencial de interferir diretamente na vida dos indivíduos, bem como de comunidades e, até mesmo, de toda a sociedade. A exemplo disso, basta considerar o setor elétrico brasileiro regulado pela ANEEL, os recursos hídricos regulados pela ANA, o transporte coletivo regulado pela ANTT. Com maior ou menor potencial, todas as agências reguladoras possuem um papel de grande relevância na implementação de políticas públicas.

Regular mercados competitivos e prestação de serviços entregues à iniciativa privada frente a políticas públicas que têm como objetivo assegurar, por exemplo, a efetividade de direitos sociais, impõe às reguladoras o exercício do poder-dever de editar atos normativos complementares de forma comprometida e eficiente, onde eficiência significa regulação equilibrada que assegure a implementação e/ou proteção destas políticas.

O dever das reguladoras imposto pelas políticas públicas compreende tanto a promoção, quanto proteção, ou seja, sua atuação especializada, pautada pela técnica deve ser voltada à efetivação das políticas públicas, o que por vez pode até mesmo significar uma redução da discricionariedade. O fato é que a sua competência deve ser exercida de forma a dar efetividade às políticas públicas, o que incluiu aferir se é necessária a promoção ou a proteção, ou ainda, a promoção e a proteção.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. O Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

UNILASALLE CANOAS RS

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas in BUCCI, Maria Paula Dallari *et alli*. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo, Pólis, 2001. 60p. Cadernos Pólis, 2 Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>. Acesso em 13 mai. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n.56, 2002.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Resolução Normativa nº 223/2003. Disponível em:<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. ANTT. Resolução Normativa n.1692/2006. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/siteantigo.mppe.mp.br/uploads/KWux7F8dbFWDxSrx7MAujA/HbY3wFhWdQ25tIL6JTqAHQ/DOE_-_MPPE-22-06-2013.pdf>.Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL, Lei nº 9.427/1996.Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm: > Acesso em 18 mai. 2016.

BRASIL, Lei nº 9.984/2000.Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em 18 mai. 2016.

BRASIL, Lei nº 10.438/2002. Cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dentre outras disposições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm>. Acesso em 24 mai. 2016.

BRASIL, Decreto 4.873/2003. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica. Disponível em: <Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica>. Acesso em 24 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.054.390 - DF (2008/0097844-6). Recorrente: Rápido Marajo Ltda Recorrido: Agência Nacional De Transportes Terrestres – ANTT Recorrido: União. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília. Julgamento em 19/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=passagem+e+idoso&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em 24 mai. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari *et alli*. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2 disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>. Acesso em 13 mai. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIL, Laís. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In BINENBOJM, Gustavo (Coord.). As Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 54, p. 28-39, 2006. <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-

UNILASALLE CANOAS-RS

content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em 24 abr. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin.O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. v. 3, p. 289-300, 2003. http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/2003-O-desafio-da-efeitividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf > Acesso em 24 abr. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Controle judicial de políticas públicas. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

GUERRA, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

MARATINS, Marcio Sampaio Mesquita. O Poder Normativo das Agências Reguladoras como Instrumento de Implementação de Políticas Públicas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) do Programa de Pós-Graduação em DireitoUniversidade Federal do Ceará Faculdade de Direito, Fortaleza, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAURANO, Adriana. A Função Normativa das Agências Reguladoras no Brasil e o Princípio da Legalidade. São Paulo: Scortecci, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras in ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Manole, 2003.

OHLWEILER, Leonel Pires. A Construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. Verba Juris, ano 6, nº 6, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14868/8423>. Acesso em 25 mar. 2016.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Políticas Públicas e Agências Reguladoras. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n. 20, p. 01-348, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Luciana/Downloads/252-921-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

UNILASALLE CANOAS RS

SCHNEIDER, Yuri. Agências reguladoras e democracia: a necessária aplicação do modelo de democracia cooperativa reflexiva do conhecimento para legitimação de sua atuação. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

SILVA, Fernando Quadros da. Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT. *In* Freitas, Vladimir Passos de, SILVA, Fernando Quadros da (Coor.) Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUTO, Marco Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VALLE, Regina Lírio do. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LA SALLE
UNILASALLE
CANOAS-RS